الوجيز

في فقه الإمام الشافعي

للعلامة الفقيه الحجة أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي
ولد سنة ٤٥٠ هـ وتوفي سنة ٥٠٥ هـ
رحمه الله تعالى

تحقيق

علي معوض   عادل عبد الموجود

الجزء الثاني



شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع
هاتف : ٨٣٤٩٧٣/٤ - ص.ب ٣٨٧٤
فاكس ٦٠٣٠١٣ كود بيروت ٠٠٩٦١١ -

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ(١)

وَالنَّظَرُ في خَمْسَةِ أَقْسَامٍ:

(القِسْمُ الأَوَّلُ: فـي المُقَـدِّمَـاتِ)، وَهِـيَ خَمْـسٌ: (الأُولَـىٰ) خَصَـائِـصُ رَسُـولِ الله ﷺ

---

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البرّ في الأرض، إذا حرثتها وبذرته فيها، ونكح المَطَرُ الأرض إذا خالط ثَرَاها، ونكحت الحَصَى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيّاً، كما ذكر، ومعنويّاً كنكح النُّعَاس العين.

ويطلق في اللغة على الوَطْء حقيقة، وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري هو الوَطْءُ حقيقة، ومنه قول الفرزدق: [بحر البسيط]

ذَا سَقَـىٰ اللَّـهُ قَـوْمـاً صَـوْبَ غَـادِيَـةٍ ... فَـلاَ سَقَـى اللَّـهُ أَرْضَ الكُـوفَـةِ المَطَـرَا

التَّـارِكيـنَ عَلَـى طُهْـرٍ نسـاءَهُمُـو ... وَالنَّـاكِحِيـنَ بِشَطَّـيْ دِجْلَـةَ البَقَـرَا

وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة.

قال الشاعر: [الطويل]

ضَمَمْـتُ إِلَـى صَـدْرِي مُعَطَّـرَ صَـدْرِهَـا ... كَمَـا نَكَحَـتْ أُمُّ الغُـلاَمِ حَبِيبَهَـا

أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيلْ: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء؛ لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء، هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد أو هو حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر؟ فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا أنه شاعَ الاستعمال في الوَطْءِ تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إمّا بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: «ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النِّسَاء».

وذهب الشّافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النِّكَاحَ حقيقة في العَقْدِ، مجاز في الوطء.

وذهب الحنفية إلى العكس

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر أَوْلَى من الذِّهَاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الإشتراك والمجاز، فالمجاز أَوْلَى، لأنه أبلغ وأغلب.

والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حَمْلَهُ على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازاً في الآخر أَوْلَىٰ. =

= ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسُّنة، حتى قيل: أنه لم يرد في القرآن إلاَّ للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَها، فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ لأن شرط الوَطْءِ في التحليل إنما ثبت بالسُّنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بتّ طلاقها، وتَزَّوجها عبدالرحمن ابن الزبير، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ، ويذوق عُسَيْلتك، فيكون معنى قوله تعالى: ﴿حتى تنكح﴾ حتى تتزوّج، ويعقد عليها، وقد بينت السُّنة أنه لا بد مع العَقْدِ من ذوق العُسَيْلة.

وثانياً: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء، لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بِحُرْمَةِ موطوءة الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوءة الأب من الزنا. وعّرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما ـ فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وَلِيّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه.

وقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله «لحل تمتع» الخ.. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذُّذ بها؛ إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه، بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مَانِع؛ لأنه يدخل فيه المُلاَعنة والمَبتوتة والمعتدة من الغير المحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراَج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارىء بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله: «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً فقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود.

وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين.

وقوله: «قصدا» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمنا كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه.

= وعرفة الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قَصْداً
وعرفه الحنابلة بأنه: عَقْدُ التزويج، فهو حقيقة من العقد، مجاز في الوَطْءِ على الصحيح.
ينظر الصحاح ١/٤١٣، لسان العرب ٢/٦٢٥، المصباح المنير ٢/٩٦٥، القاموس المحيط ١/٢٦٣، معجم مقاييس اللغة ٥/٤٧٥، المطلع ٣١٨.
وينظر تبيين الحقائق ٢/٩٤، بدائع الصنائع ٣/١٣٢٤ منح الجليل ٢/٢٣، الفواكه الدواني ٢/٢١، الكافي ٢/٥١٩، الانصاف ٨/٢٤، المغنى ٧/٣.

والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أمَّا الكتابُ: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ والصَّالحينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وإِمَائِكُمْ﴾ ووجه الدلالة فيهما أن الله تعالى أمر فيهما بالنكاح، فَدلَّ ذلك على مشروعيته؛ إذ لو لم يكن مشروعاً لما أمر بِهِ اللّهُ.

وأما السُّنَّةُ: فقوله صلى الله عليه وسلم: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابُ من اسْتَطَاعَ منكُم البَاءَة فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أغض للبصر واحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتطِعْ فَلْيَصُمْ فإنَّ الصَّوْمَ لَهُ وجَاءٌ» وهو سُنَّةٌ من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم قال رسولَ الله صلى الله عليه وسلم: « النِّكَاحُ سُنَّتى فَمَنْ رغبَ عن سُنتي فَلَيْسَ مِنِّي».

بل هو سُنَّةٌ من سُنَنِ الأنبياء السابقين قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْواجاً وَذُرِّيَّةً﴾ وقد كان الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أعظم قدرة للخلق في الزواج، كما في غيره من الأفعال المحمودة، فَأَكَّدُوا على الزَوَاج وأوْصَوْا بِهِ، ولم يذكر المؤرخون أن أحداً من الأنبياء عاش بلا زَوَاجٍ سوى يحيى وعيسى عليهما وعلى نبينا أفضل السلام.

وَقَدْ قِيلَ إن السبب في عدم زواج عيسى عليه السلام فساد نساء بنى إسرائيل في زمنه، فلم يجد فيهن امرأةً صالحةً تَليقُ لِعِشْرَتِهِ لأنه بعث في زمن انحطاط بني إسرائيل.

حِكْمَةُ مَشْرُوعِيَتِهِ: شَرع الله سبحانه وتعالى النِّكَاحَ لحكم كثيرة، ومصالح جمة، ومنافع عديدة، من ذلك أن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليفته في الأرض لإصلاحها، ولإقامة، الشرائع فيها، وهذه الأغراض التي أحبَّها الله، وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلاَّ إذَا بُنِيَتْ عَلَى أسسٍ متينةٍ، ودعائم قوية ثابتة، ألا وهي النكاح، فإنَّ النسل يمكن أنْ يوجد بمجرَّد اجتماع الرجل بالمرأة بأيِّ طريقةٍ كانت، ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض، وعمارتها، فَإنَّ النَّسْلَ الصالح لا يوجد إلاَّ بالنكاح.

أضف إلَى ذلك أن النكاح يكسبُ الرجلِ أولاداً إذا قام بتعليمهم، وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكراً حَسَناً بعد وفاته، فالأولاد هم مُتْعَةُ النَّفْسُ وَزينةُ الحياة قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فإذا مات الرجل، فقد خلف من بعده من يحمل اسمه، ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر: «إذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ» وَذَكَرَ مِنْها الولد الصالح؛ ثُمَّ إن النِّكاحَ هو الوسيلة التي تجمع بين الرجل والمرأة، فيكون ذلك سبباً لاستكمال النقصِ الذي يوجد عند المرأة، إذْ مِنَ المَعْرُوفِ أنَّ المرأةَ ضعيفةٌ لا يمكن أنْ تتحمل ما يتحمله الرجل من الأعمال الشاقة، فهي في حاجةٍ إلى رجلٍ يعينها على كسب عيشها، ويعمل على صيانتها من التهتك والابتذال، كما أنَّ الرَّجُلَ في حاجة إلى امرأة تعمل على صيانة ماله، وتدبير أمور منزله، وتفرج عنه متاعب الحياة، ولا يكون ذلك إلاَّ من امرأة

وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ بالضُّحىٰ، والأَضحَىٰ(و)، وَالوَتْرِ (ح)، وَالتَّهَجُّدِ (و)، والسِّوَاكِ (ح)، وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ ٱخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنيا أَوِ ٱخْتِيَارِهِ، وَمَنِ ٱخْتَارَتْهُ، هَلْ يَحْرُمُ طَلاَقُهَا؟ فيه خِلاَفٌ (و).

(وأَمَّا المُحرَّمَاتُ)، فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثَّوْمِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالأَكْلُ مُتَّكِئًا عَلَى وَجْهٍ، وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ وَالأَمَةِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ)، فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الوِصَالُ، وَصَفِيَّةُ المَغْنَمِ، وَٱلاسْتِبْدَادُ بِالخُمُسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً، وَالزِّيَادَةُ عَلَىٰ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التِّسْعِ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي ٱنْحِصَارِ طَلاَقِهِ في الثَّلاَثِ، وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهِبَةِ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وإذا وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَى ٱمْرَأَة، فَرَغِبَ فِيهَا، وَجَبَ عَلَى الزَّوجِ طَلاَقُهَا لِيَنْكِحَهَا، وَفِي ٱنْعِقَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَشُهُودٍ، وَفِي الإِحْرَامِ خِلاَفٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ القَسْمُ في زَوْجَاتِهِ[1]، ونِسَاؤُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَىٰ غَيْرِهِ؛ لأَنَّهُنَّ أُمَّهَاتُ المُؤْمِنِينَ، ومُطَلَّقَتُهُ المَدْخُولُ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَغَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

(الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَاقَتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لاَ، فَالعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَىٰ (ح)، وَأَحَبُّ المَنْكُوحَاتِ الْبِكْرُ الوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةً قَرِيبَةً المَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ النِّكَاحِ؛ فإِنَّهُ أَحْرَىٰ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَهُما.

(الثَالِثَةُ) النَّظَرُ إِلَيْهَا، إذا تَحقَّقَتِ الرَّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا المَوْضِعِ لأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلاَ يَنْظُرُ (ح م و) إلاَّ إِلَىٰ وَجْهِهَا، وَلاَ يَحْتَاجِ إِلَىٰ إِذْنِهَا (م)، وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَىٰ شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ المَرْأَةِ إِلاَّ إِذَا كَانَ النَّاظِرُ صَبِيّاً، أَوْ مَجْنُوناً، أَوْ مَمْلُوكاً (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ محرَماً، فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطْ، والعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ فَقَطْ[2](و)، وَيُبَاحُ نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، والمَرْأَةِ إلى المَرْأَةِ، وَالمَرأَةِ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الأَمْنِ

= تربطه بها صلة النكاح القوية التي سمَّاها اللهُ تَعَالى في كتابه العزيز ميثاقاً غليظاً حيث قال: «وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً».

وزيادة على ذلك فَإِنَّ النكاحَ وسيلة إلى ارتباط الأُسَر، واتِّحادِها، وإزالة ما بينها من أسباب العداوة والبغضاء، فكم من أسرتين كانت العداوة قائمة بينهما، ثُمَّ بفضل الزواج انقلبت تلك العداوة إلى محبة، فالنكاحُ ليس صلة بين الزوجين فحسب، بل هو صلة من الزوجين إلى أسرتيهما ومعارفهما، فيكون ذلك حلقة واسعة واتحاد الأمة، ولذلك نجد الله تعالى يمتن على عباده بالزواج، فيقول: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.

(١) قال الرافعي: «ولم يجب عليه القسم في زوجاته» هذا وجه، والأظهر عند اكثرهم أنه كان واجباً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلاَّ إذا كان الناظر صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً لها، أو كانت رقيقة أو صبية أو مَحْرَماً فينظر إلى الوجه واليدين فقط» الحكم بأنه لا ينظر في هذه الصورة إلاَّ إلى الوجه واليدين خلاف ظاهر المذهب=

مِنَ الفِتْنَةِ إلاَّ مَا بَيْنَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ، والعُضْوُ المُبَانُ كَالمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالمِلْكُ يُبِيحَانِ النَّظَرَ إِلى السَّوْءَتَينِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَعَ كَرَاهَةٍ، وَالمَسُّ كَالنَّظَرِ، وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ المُعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إلى السَّوْءَةِ لِحَاجَةٍ مُؤَكَّدَةٍ، وَيُبَاحُ النَّظَرُ إِلَىٰ وَجْهِ المَرْأَةِ؛ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، وَإِلَى الفَرْجِ لِتَحَمُّلِ (و) شَهَادَةِ الزِّنَا[1].

(الرَّابِعَةُ): الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ[2]، وَالتَّصْرِيحُ بِخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّعْرِيضُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ البَائِنِ وَجْهَانِ[3]، وَيَحْرُمُ الْخِطْبَةُ عَلَىٰ خِطْبَةِ الغَيْرِ بَعْدَ الإجَابَةِ، وَالسُّكُوتُ كَالإِجَابَةِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصِّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الخَاطِبِ؛ لِيُحْذَرَ.

(الخَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الخُطْبَةُ عِنْدَ الْخِطْبَةِ، وَعِنْدَ العَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الوَلِيُّ: الْحَمدُ للهِ، وَالصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلَىٰ رَسُولِ اللهِ، زَوَّجْتُ، وَيَقُولَ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ لاَ يَضُرُّ.

(القِسْمُ الثَّانِي فِي الأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ الصِّيغَةُ)، وَهِيَ الإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلاَ يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُما مَقَامَهُمَا إلاَّ تَرْجَمَتَهُمَا (و)، بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ القَادِرِ وَالعَاجِزِ جَمِيعاً، وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالكِنَايَةِ؛ لأَنَّ الشَّاهِدَ لاَ يَعْلَمُ النِّيَّةَ، وَلاَ البَيْعُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ المُخَاطَبَ لاَ يَعْلَمُ[4]، وَيَصِحُّ الطَّلاَقُ وَالإِبْرَاءُ وَالفَسْخُ وَمَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: قَبِلْتُ، أَوْ لاَ بُدَّ أَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ[5]، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالاستِيجَابِ والإِيجَابِ وَالْخُلعُ وَالصُّلْحُ عَنِ دَمِ العَمْدِ وَالكِتَابَةُ أَوْلَى بِالانْعِقَادِ، وَفِي البَيْعِ قَوْلاَنِ.

وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ فِي الجَمِيعِ، وَهُوَ القِيَاسُ[6].

وَلاَ يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّعْلِيقَ، فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أُنْثَىٰ، فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، لَمْ يَصِحَّ (و)[7]، وإِنْ كَانَتْ أُنْثَىٰ، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي، عَلَىٰ أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ، وَيَضَعَ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الأُخْرَىٰ، لَمْ

= أما في الممسوح ومملوك المرأة فإذا جوزنا النظر كان كالنظر إلى المحارم، وأما [في] الصبية، فمن جوّز النظر عممه في جميع أعضائها سوى الفرج، وأما في المحرم فلا خلاف في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة، والأصح فيما سواه الجواز أيضاً، إلا فيما بين السرة والركبة، وللرقيقة كالمحرم.[ت]

(١) قال الرافعي: «ويباح النظر إلى وجه المرأة لتحمل الشهادة، وإلى الفرج لتحمل شهادة الزنا» معادٌ في الشهادات مع زيادات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الخطبة مستحبة» لا يكاد يوجد التعرض في كتب الأصحاب. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي عِدَّة البائنة وجهان» المشهور قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا ينعقد النكاح بالكناية. . . . إلى قوله: لأن المخاطب لا يعلم» قد سبق هذا في أول البيع. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وهل يكفي أن يقول الزوج: قبلت، أو لا بد أن يقول: قبلت نكاحها؟ فيه وجهان»، المشهور قولان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «والأصح أنه ينعقد النكاح بالاستيجاب والإيجاب. . . إلى قوله: وهو القياس» قد مَرَّ في البيع طرف من الكلام في الإستيجاب والإيجاب في البيع والنكاح معاً. [ت]

(٧) في أ: (ح)

يَصِحّ (ح)؛ لأَنَّهُ الشِّغَارُ المَنْهِيُّ عَنْهُ[1]؛ وَلأَنَّهُ إِشْرَاكٌ فِي الْبُضْعِ، فَإِنْ تَرَكَ جَعْلَ

(١) قال الرافعي: «لأنه الشِّغار المنهي عنه»

روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «نهى عن الشِّغار». والشِّغَارُ أن يزوج الرجل ابْنَتَهُ على أنْ يزوجه الآخرُ ابْنَتَهُ، وليس بَيْنَهُمَا صَداقٌ وأخرجه البخاري عن عبدالله بن يوسف، ومسلم عن يحيى بن يحيى عن مالك. [ت]

النهي عن نكاح الشغار ورد عن ابن عمر وأبي هريرة وأنس وجابر ومعاوية وعمران بن حصين وأبي بن كعب وعبدالله بن عمرو بن العاص وسمرة ووائل بن حجر وابن عباس.

أما حديث ابن عمر فأخرجه مالك (٢/ ٥٣٥) كتاب النكاح، بابَ ما لا يجوز من النكاح، الحديث (٢٤). وأحمد (٢/ ٦٢). والبخاري (٩/ ١٦٢) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٥١١٢). ومسلم (٢/ ١٠٣٤) كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار الحديث (٥٧/ ١٤١٥). والدارمي (٢/ ١٣٦) كتاب النكاح باب النهى عن الشغار. وأبو داود (٢/ ٥٦٠) كتاب النكاح، باب الشغار الحديث (٢٠٧٤) والترمذي (٣/ ٤٣١، ٤٣٢) كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح الشغار الحديث (١١٢٤) والنسائي (٦/ ١١٠) ككتاب النكاح، باب الشغار. وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار، الحديث (١٨٨٣). وعبد الرزاق (٦/ ١٨٤) رقم (١٠٤٣٣). والشافعي في «الأم» (٥/ ٧٦) كتاب الشغار. وابن الجارود (٧١٩، ٧٢٠). وأبو يعلى (١٠/ ١٦٩) رقم (٥٧٩٥). وابن حبان (٤١٦٠ ـ الإحسان). وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٥١). والبيهقي (٧/ ٩٩) كتاب النكاح، باب الشغار كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار. قال نافع والشغار ان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

حديث أبي هريرة.

أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٩). ومسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار، الحديث (٦١/ ١٤١٦). والنسائي (٦/ ١١٢) كتاب النكاح ـ باب تفسير الشغار. وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح ـ باب النهى عن الشغار الحديث (١٨٨٤). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار والشغار أن يقول الرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني اختك وأزوجك اختي ولفظ النسائي نهى عن الشغار قال عبيدالله: والشغار كان الرجل يزوج ابنته على أن يزوجه اخته.

وحديث أنس

أخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٨٤) الحديث (١٠٤٣٤) وأحمد (٣/ ١٦٥) والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح ـ باب الشغار. وابن ماجه (١/ ٦٠٦) كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار الحديث (١٨٨٥). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار. وابن حبان (١٢٦٩ ـ موارد) بلفظ «لا شغار في الإسلام».

حديث جابر

أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٥) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ـ الحديث (٦٢/ ١٤١٧). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار ـ. وأحمد (٣/ ٣٢١، ٣٣٩) قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار.

حديث معاوية

=

= أحمد (٤/ ٩٤). وأبو داود (٢/ ٥٦١) كتاب النكاح باب في الشغار ـ الحديث (٢٠٧٥). والبيهقي (٧/ ٢٠٠) كتاب النكاح ـ باب الشغار ـ من طريق محمد بن اسحاق ثنا عبدالرحمن بن هرمز الاعرج أن العباس بن عبدالله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وانكحه عبدالرحمن ابنته وقد كان جعلاه صداقاً فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

حديث عمران بن حصين

أحمد (٤/ ٤٤٣)، والترمذي (٣/ ٤٣١) كتاب النكاح ـ باب النهى عن نكاح الشغار ـ الحديث (١١٢٣). والنسائي (٦/ ١١١) كتاب النكاح ـ باب في الشغار ـ. وابن حبان (١٢٧٠ ـ موارد) بلفظ لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ومن انتهب نهبه فليس منا.

وقال الترمذي؛ حسن صحيح

حديث أبي بن كعب

أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ١٥٨) من طريق يوسف بن خالد السمتي عن موسى بن عقبة عن اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لاشغار في الإسلام قالوا: يا رسول الله وما الشغار قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما.

وقال الطبراني: لم يروه عن موسى بن عقبة إلا يوسف ولا يروى عن أبي بن كعب إلا بهذا الاسناد.

وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي ضعيف والسند أيضاً منقطع أ.هـ

ويوسف بن خالد السمتي كذاب

حديث عبدالله بن عمرو بن العاص

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٥). من طريق ابن اسحاق حدثني عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شغار في الإسلام قال الهيثمي في المجمع: (٤/ ٢٦٩): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح خلا ابن اسحاق وقد صرح بالحديث.

حديث سمرة

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ ـ كشف) رقم (١٤٣٩) ثنا خالد بن يوسف ثنا أبي يوسف؛ يوسف بن خالد ثنا جعفر بن سعد بن سمرة ثنا خبيب بن سليمان عن أبيه سليمان بن سمرة عن سمرة بن جندب فذكر أحاديث بهذا ثم قال وباسناده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن الشغار بين النساء. وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار والطبراني واسنادهما ضعيف.

حديث وائل بن حجر

أخرجه البزار (٢/ ١٦٦ ـ كشف) رقم (١٤٤٠) من طريق سعيد بن عبد الجبار بن وائل بن حجر عن أبيه عن أمه عن وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩): رواه البزار وفيه سعيد بن عبد الجبار ضعفه النسائي.

حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني كما في «المجمع» (٤/ ٢٧٠) عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ليس منا من ينتهب ولا شغار في الإسلام» والشغار: أن تنكح المرأتان إحداهما بالأخرى بغير صداق

الْبُضعِ صَدَاقاً، فَفِي الصِّحَّةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ (م) تَأْقِيتُ النِّكَاحِ، وَهُوَ المُتْعَةُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ)؛ وهيَ المَرْأَةُ الخَلِيَّةُ عَنِ المَوانِعِ؛ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُنْكُوحَةَ الغَيْرِ، أَوْ مُرْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَّةً[1]، أَوْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ زِنْدِيقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ رَقِيقَةً، (ح) وَالنَّاكِحُ قَادِرٌ عَلَىٰ حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةَ النَّاكِحِ بَعْضُهَا أَوْ كُلُّهَا، أَوْ مِنَ المَحَارِمِ، أَوْ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لاَ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطَلَّقَةً ثَلاَثاً، لَمْ يَطَأْهَا زَوْجٌ آخَرُ، أَوْ مُلاَعَنَةً (ح)، أَوْ مُحْرِمَةً (ح) بِحَجٍ أَوْ عُمْرَةٍ، أَوْ ثَيِّباً صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيمَةً (ح)، أَوْزَوْجَةَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الشُّهُودُ (م)، فَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بَالِغَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح)[3] مَقْبُولَي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِما، لَيْسَا بِعَدُوَّيْنِ وَلاَ ٱبْنَيْنِ وَلاَ أَبَوَيْنِ لَهُمَا، وَيَكْفِي حُضُورُ مَسْتُورَي الْعَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورَي الرِّقِّ فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقاً عِنْدَ العَقْدِ، تَبَيَّنَ البُطْلاَنُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يُتَبَيَّنُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ، لاَ بِٱعْتِرَافِ المَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِسْقَهُ عِنْدَ العَقْدِ، لَمْ يَنْعَقِدْ. فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فِسْقَهُ، وَأَنْكَرَتْ، بَانَتْ مِنْهُ، وَوَجَبَ شَطْرُ المَهْرِ، إنْ كَانَ قَبْلَ المَسِيسِ، وَتَوْبَةُ المُعْلِنِ عِنْدَ العَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالمَسْتورِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ عَلَىٰ رِضَا المَرْأَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: العَاقِدُ)، وَهُوَ الوَلِيُّ وَالزَّوْجُ؛ إِذْ لاَ عِبَارَةَ (ح م) لَهَا في شِقَّيْ عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَةً، وَوِلاَيَةً، وَٱسْتِقْلاَلاً، مِنْ كُفْءٍ وَغَيْرِ كُفْءٍ، دَنِيئَةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وإِقْرَارُ البَالِغَةِ مَقْبُولٌ (و م) في الجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتِ التَّزْوِيجَ إِلَى الوَلِيِّ وَصَدَّقَهَا[4]، فَإِنْ لَمْ تُضِفْ إِلَيْهِ وَكَذَّبَهَا، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الوَلِيُّ غَائِباً، سُلِّمَتْ فِي الحَالِ إلى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وإِقْرَارُ الوَلِيِّ المُجْبِرِ نَافِذٌ إِذا أَقَرَّ فِي حَالِ القُدْرَةِ عَلَى الإِجْبَارِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بالوَطْءِ في النِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ، وَلاَ حَدَّ لِلشُّبْهَةِ (و)، ولاَ يُنْقَضُ (و) قَضَاءُ الحَنَفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النِّكَاحِ.

= وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه أبو الصباح عبد الغفور وهو متروك.

(١) قال الرافعي: «المرأة الخلية عن الموانع مثل أن تكون منكوحة الغير أو معتدة إلى آخر الفصل...» هي تراجم وسيعود إلى التفصيل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم» هذا قد مرّ القول في تحريمها. [ت]

(٣) في أ: (م).

(٤) قال الرافعي: «وإقرار البالغة مقبول إن أضافت التزويج إلى الولي وصدقها» قضية اعتبار التصديق لقبول الإقرار والمفهوم مما أجراه الأئمة أنه يكفي ألا يكذبها، فإن كذب ففيه الخلاف. [ت]

وفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الأَوْلِيَاءِ بَابَانِ:

(البَابُ الأَوَّلُ: في الأَوْلِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَةٌ):

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في أَسْبَابِ الوِلاَيَةِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ) الأُبُوَّةُ (و م)، وَفِي مَعْنَاهَا الجُدُودَةُ، وَتُفِيدُ وِلاَيَةَ الإِجْبَارِ عَلَى الْبِكْرِ، وإِنْ كَانَتْ بَالِغاً (ح و)، لاَ عَلَى الثَّيِّبِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح)، سَوَاءٌ ثَابَتْ بِالزِّنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءٍ حَلاَلٍ، وَلاَ أَثَرَ (و) لِزَوَالِ الْجِلْدَةِ بِالسَّقْطَةِ (و)، وَلَوِ ٱلْتَمَسَتِ الْبِكْرُ البَالِغَةُ التَّزْوِيجَ، وَجَبَتِ (و) الإِجَابَةُ، وإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً، فَإِنْ عَضَلَ، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، والكُفْءُ الَّذِي عَيَّنَتْ أَوْلَىٰ مِمَّنْ عَيَّنَهُ الوَلِيُّ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(الثَّانِي: العُصُوبَةُ)؛ كَالأُخُوَّةِ وَالعُمُومَةِ، وَلاَ يُفِيدُ إِلاَّ تَزْوِيجَ البَالِغَةِ (ح) العَاقِلَة برضَاهَا الصَّرِيحِ، إِنْ كَانَتْ ثَيِّباً، وَبِسُكُوتِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْراً، عَلَىٰ رَأْيٍ (ح).

(الثَّالِثُ: المُعْتِقُ)، وَهُوَ كَالعَصَبَاتِ.

(الرَّابِعُ السُّلْطَانُ)، وإِنَّمَا يُزَوِّجُ البَالِغَةَ[1] عِنْدَ عَدَمِ الوَلِيِّ، أَوْ عَضْلِهِ، أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَاد الوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ؛ كَٱبْنِ عَمٍّ، أَوْ مُعْتِقٍ، أَوْ قَاضٍ، وَلَيْسَ لِلسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجُ الصَّغِيرَة، ولا لِلوَصِيِّ (م) وِلاَيَةٌ، وَإِنْ فُوِّضَ إِلَيْهِ[2](ح).

الفَصْلُ الثَّانِي: في تَرْتِيبِ الأَوْلِيَاءِ، وَالأَصْلُ القَرَابَةُ، ثُمَّ الوَلاَءُ، ثُمَّ السَّلْطَنَةُ، وَمِنَ الأَقَارِبِ الأَبُ، ثُمَّ الجَدُّ (م)، ثُمَّ الأَخُ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ العَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ؛ عَلَىٰ تَرْتِيبِهِمْ في عُصُوبَةِ المِيرَاثِ، وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ لاَ يُقَدَّمُ (ز ح م) عَلَى الأَخِ مِنَ الأَبِ في النِّكَاحِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنْ قُدِّمَ في الْمِيرَاثِ وَصَلاَةِ الجَنَائِزِ وَالوَصِيَّةِ لِلأَقْرَبِ[3] وَٱلابْنُ لاَ يُزَوِّجُ (ح و) أُمَّهُ بِالبُنُوَّةِ (ح و)، وَلاَ تَمْنَعُهُ البُنُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالوَلاَءِ وَغَيْرِهِ، وَأَمَّا المُعْتَقُ إِذَا مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتِقِهِ، وتَرْتِيبُ عَصَبَاتِ المُعْتِقِ كَعَصَبَاتِ القَرَابَةِ، إِلاَّ أَنَّ أَخَ المُعْتِقِ يُقَدَّمُ عَلَىٰ جَدِّهِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ[4]، وَيُسَاوِيهِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَٱبْنُ الأَخِ أَيْضاً يُقَدَّمُ؛ في وَجْهٍ، وَيُؤَخَّرُ؛ في وَجْهٍ؛ لِبُعْدِهِ، وَٱبْنُ المُعْتِقِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ أَبِيهِ؛ لأَنَّهُ العَصَبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ المَرْأَةُ، فَلَهَا الوَلاَءُ، وَتَزْوِيجُ العَتِيقَةِ إِلَىٰ وَلِيِّ السَّيِّدَةِ(و)، ولاَ

---

(١) قال الرافعي: «وإنما يزوج البالغة» هذا فيه غنية عن قوله من بعد، «وليس للسلطان تزويج الصغيرة عند عدم الولي أو عضله أو غيبته أو أراد الولي أن يتزوج» بيان موانع تزويج السلطان في هذا الموضع غير محتاج إليه بل هو معلوم مما ذكر في غير هذا الموضع أما قوله عند عدم الولي: فهو معلوم من ترتيب الأولياء، وأما عند العضل فلقوله في السبب الأول فإن عَضَلَ زَوّج السلطان وأما عند الغيبة ورغبة الولي في نكاحها فهما مذكوران في فصلين من الباب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا للوصي ولاية وإن فوض إليه» قد مَرّ في الوصايا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قدم في الميراث وصلاة الجنازة والوصية للأقرب» والمقصود الإشارة إلى الفرق قد سبقت هذه الصورة على اختلاف في صلاة الجنازة والوصية للأقرب [ت].

(٤) قال الرافعي: «إلاّ أن أخ المعتق يقدّم على جده على رأي» أي: قول [ت].

يُفْتَقَرُ إِلَىٰ رِضَا السَّيِّدَةِ؛ عَلَى الأَشْهَرِ، وَيُزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ في حَيَاتِها، وَٱبْنُهَا (و) بَعْدَ وَفَاتِهَا، وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا المَالِكُ مَعَ الوَلِيِّ أَوْ مَعَ المُعْتِقِ، أَوْ مَعَ القَاضِي، فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

(ٱلْفَصْلُ الثَّالِثُ في سَوَالِبِ الوِلاَيَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ: الرِّقُّ)؛ فَلاَ وِلاَيَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ في القَبُولِ، وَفي التَّزْوِيجِ بالوِكَالَةِ[1] (و)؛ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ[2] (و).

(الثَّاني مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ)؛ كَالصِّبَا، وَالجُنُونِ، وَالعَتَهِ، وَالسَّفَهِ، وَالسُّكْرِ، وَالمَرَضُ الشَّدِيدُ المُلْهِي يَنْقُلُ الوِلاَيَةَ إِلَى الأَبْعَدِ، وَالإِغْمَاءُ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ إِلى السُّلْطَانِ[3]، وَالجُنُونُ المُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الأَبْعَدِ[4]، والعَمَىٰ لاَ يَقْدَحُ؛ عَلَى وَجْهٍ.

(الثَّالِثُ): الفِسْقُ (ح) يَسْلُبُ الوِلاَيَةَ؛ عَلَىٰ أَضْعَفِ القَوْلَيْنِ[5]، وَالكُفْرُ لاَ يَسْلُبُهَا (و)، بَلْ وَلِيُّ الكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّما يَسْلُبُهَا ٱخْتِلاَفُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

(الرَّابِعُ): الإِحْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَة العَقْد رَأْساً، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنَ ٱلانْعِقَادِ بِشَهَادَةٍ، وَمِنَ الرَّجْعَةِ، وَبَعْدَ التَّحَلُّلِ الأَولِ؟ فيهِ خِلاَفٌ[6]، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَسْلُبُ[7]، بَلْ يُنْقَلُ إِلَى السُّلْطَانِ؛ كَالغَيْبَةِ (ح م) إِلى مَسَافَةِ القَصْرِ؛ عَلَى وَجْهٍ؛ أَوْ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ حَتَّىٰ لاَ يَنْعَزِلَ وَكِيلُ المُحْرِمِ، كَمَا لاَ يَنْعَزِلُ وَكِيلُ الغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الأَظْهَرُ أَنَّ الوَكِيلَ لاَ يَتَعَاطَىٰ في حَالَةِ إِحْرَامِ المُوَكِّلِ بَلْ بَعْدَهُ[8].

---

(١) قال الرافعي: «وله عبارة في القبول وفي التزويج بالوكالة» وجهان مذكوران في باب الوكالة وبيّنا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع. [ت]

(٢) قال الرافعي: وفي التزويج بالوكالة بإذن السيد ودون إذنه» قد مَرّ في الوكالة، ذكر وجهين في توكيل العبد عن غيره في قبول النكاح بغير إذن السيد، وقد بينا حال الوجهين في الفصل الخامس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام إلى السلطان» هذا شيء اختاره من عنده، وقال الأصحاب: إن كان مما لا يدوم غالباً فينتظر إفاقته، وإن كان يدوم يومين وأكثر فلا تنقل الولاية إلى الأبعد على أظهر الوجهين: قال في التهذيب: ينتظر إفاقته. [ت]

(٤) قال الرافعي: «والجنون المتقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» هذا وجه، والظاهر أنه لا يزيل الولاية بل ينتظر حتى يفيق. [ت]

(٥) قال الرافعي: «الفسق يسلب الولاية على أضعف القولين» هكذا يذكر أكثر المتأخرين، فظاهر مذهب الشافعي أنه يسلبها. [ت]

(٦) قال الرافعي: «وهل يمنع من الانعقاد بشهادة ومن الرجعة، وبعد التحلل الأول؟ فيه خلاف» ذكر في الحج قولين في النكاح بين التحللين وفيه كفاية. [ت]

(٧) قال الرافعي: «الإحرام يسلب عبارة العقد رأساً إلى أن قال: وقيل إنه لا يسلب إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأرجح عند المعظم الثاني. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وإن كان الأظهر أنه لا يتعاطى في حالة إحرام الموكل، بل بعده» فيه إثبات خلاف في المسألة، ولم أجد حكاية خلاف فيه في غير هذا الكتاب. [ت]

(الفَصْلُ الرَّابعُ: في تَوَلِّي طَرَفَي العَقْدِ)، وَالأَبُ يَتَوَلَّىٰ (ح) طَرَفَي العَقْدِ في مَالِ طِفْلِهِ، وَلاَ يَتَوَلَّى الجَدُّ (ح م) طَرَفَي النِّكَاحِ عَلَىٰ حَفِيدَيْهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِلتَّعبُّدِ، وَالقَاضِي وَالمُعْتِقُ وَابْنُ العَمِّ لَيْسَ لَهُمْ (ح م و) تَوَلِّي طَرَفَي النِّكَاحِ[1]، وَلاَ يَكْفِيهِمُ التَّوكِيلُ، بَلْ يُزَوِّجُ مِنْهُمُ الحَاكِمُ والإِمَامُ الأَعْظَمُ يَتَولَّى الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالوَكِيلُ مِنَ الجَانِبَيْنِ لاَ يَتولَّىٰ طَرَفَي البَيْعِ وَالنِّكَاحِ[2](ح).

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في التَّوْكِيلِ)، وَلِلْمُجْبِرِ[3] أَنْ يُوَكِّلَ، وَعَلَيْهِ تَعْيِينُ الزَّوْجِ؛ في قَوْلٍ[4]، وَإِذَا أَذِنَتْ لِغَيْرِ المُجْبِرِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ زَوْجٍ، جَازَ؛ في أَقْوَى القَوْلَيْنِ[5]، وَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْنِي مِمَّنْ شِئْتَ، لَمْ يُزَوِّجْ إلاَّ مِنْ كُفْءٍ، وإِذا مَنَعَتْ غَيْرَ المُجْبِرِ مِنَ التَّوْكِيلِ، لَمْ يُوَكِّلْ، وَإِنْ أَطْلَقَتِ الإِذْنَ، كَانَ لَهُ التَّوْكِيلُ في أَحَدِ الوَجْهينِ[6] وَلْيَقُلِ الوَلِيُّ لِلوَكِيلِ بالقَبُولِ: زَوَّجْتُ مِنْ فُلاَنٍ، وَلاَ يَقُولُ: زَوَّجْتُ مِنكَ ويَقُولُ الوَكِيلُ قَبِلْتُ لِفُلاَنٍ، فَلَوْ قَالَ قَبِلْتُ لم يَكْفِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلو قَبِلَ نِكَاحاً، وَنَوَىٰ مُوَكِّلَهُ، لَمْ يَقَعْ لِلمُوكِّلِ؛ بِخلاَفِ البَيْعِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: فيمَا يَجِبُ عَلَى الوَلِيِّ)، وَيَجِبُ (و) عَلَى الأَخِ الإِجَابَةُ، إِذَا طَلَبَت النِّكَاحَ، إِنْ كَانَ مُتَعَيِّناً، فَإِنْ كَانَ له أَخٌ آخَرُ، لَمْ يَجِبْ؛ في وَجْهٍ، وَإِنْ عَضَلُوا، زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَعَلَى المُجْبِرِ تَزْوِيجُ الْمجنونَةِ، إِذَا تَاقَتْ، وَلاَ يَجُوزُ تَزْوِيجٌ مِنَ الصَّغِيرِ، وَلاَ تَزْوِيجُ الصَّغِيرةِ قَبْلَ البُلُوغِ[7]، وَيَجِبُ حِفْظُ مَالِ الطِّفْلِ، واَسْتِنْمَاؤُهُ قَدْراً لا يأْكُلُهُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ تَبَرَّمَ الوَلِيُّ به، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ (و) أُجْرَةً يُقَدِّرُهَا القَاضِي لَهُ[8]، وَيَجِبُ عَلَيْهِ البَيْعُ، إِذَا طَلَبَ مَتَاعَهُ بِزِيَادَةٍ، وَكَذَلِكَ الشِّرَاءُ إِذَا بِيعَ رَخِيصاً، إِذَا لَمْ يَشْتَرِ لِنَفْسِهِ، وإِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لاِبْنِهِ، لَمْ يَصِرْ ضَامِناً لِلْمَهْرِ في الجَدِيدِ، وإِذَا تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِحِفْظِ مَالِ الطِّفْلِ، لَمْ يَكُنْ لِلأَبِ (و) أَخْذُ الأُجْرَةِ؛ وَلِلأُمِّ أُجْرَةُ

---

(١) قال الرافعي: «والقاضي وابن العم والمعتق ليس لهم تولي طرف النكاح» صورة ابن العم مذكورة في الوكالة مع حكاية خلاف فيه حيث قال أجازه ابن سريج في تولّي ابن العم طرفي النِّكاح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والوكيل من الجانبين لا يتولى طرفي البيع والنكاح» قد سبق هذا في «النكاح» مع حكاية الخلاف فيه. [ت]

(٣) في أ: المولى المجبر.

(٤) قال الرافعي: «وعليه تعيين الزوج في قول» قيل: هو وجه. [ت]

(٥) قال الرافعي: وإذا أذنت لغير المجبر من غير تعيين زوج جاز في أقوى القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٦) قال الرافعي: «فإن أطلقت الإذن كان له التوكيل في أحد الوجهين» قد ذكر في «الوكالة» حيث قال: وفي توكيل الولي الذي لا يجبر تردد. [ت]

(٧) قال الرافعي: «ولا يجوز تزويج الصغيرة، ولا تزويج الصغير قبل البلوغ» لا حاجة إلى قوله «قبل البلوغ». [ت]

(٨) قال الرافعي: «وله أن يأخذ أجرة يقدرها القاضي له» هذا احتمال ذكره الإمام، والذي يوافق كلام الأكثرين، وذكر الإمام أنه الأظهر أنه إذا طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله لا يجيبه إليه، إلا إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف. [ت]

الإِرْضَاعِ، وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَرِّعَةً[١].

(الفَصْلُ السَّابِعُ: في الْكَفَاءَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ في خَمْسِ خِصَالٍ (ح م و): النَّقَاءُ (ح) مِنَ العُيُوبِ الَّتِي تُثْبِتُ الخِيَارَ، وَالحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ إِلَىٰ شَجَرَةِ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى العُلَمَاءِ، وَالصُّلَحَاءِ المَشْهُورِينَ دُونَ الخَامِلِينَ[٢]، وَالصَّلَاحُ في نَفْسِ النَّاكِحِ، دُونَ الاشْتِهَارِ، وَالتَّنَقِّي (ح) مِنَ الْحِرَفِ الدَّنِيئَةِ الَّتى تَدُلُّ عَلَىٰ خِسَّةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لاَ يُعْتَبَرُ في أَشْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَالجَمَالُ لاَ يُعْتَبَرُ أَصْلاً، وَلاَ يُجْبَرُ فَضِيلَةُ نَسَبِ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةٍ أُخْرَىٰ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقْضِي العَادَةُ بجَبْرِ نَقِيصَةٍ بفَضِيلة[٣]؛ بِحَيْثُ يَنتفي العَارُ، وَالكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا، جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ العَلَوِيِّ نكَاحُ العَلَوِيَّة، وَإِنْ رَضِيَ الأَوْلِيَاءُ، فَلِلْمَرْأَةِ الإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ المَرْأَةُ وَوَلِيٌّ وَاحِدٌ، فَللباقِينَ فَسْخُ النِّكَاحِ (ح)؛ في قَوْلٍ. وَلاَ يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ أَصْلاً (ح)؛ في قَوْلٍ، وَلاَ يَصِحُّ تَزْوِيجُ الأَبِ الصَّغِيرَةَ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الخِيَارُ، إِذَا بَلَغَتْ [ح و][٤]، وَيَجُوزُ أَنْ يُزَوَّجِ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرَ كُفْءٍ.

(الفَصْلُ الثَّامِنُ: في تَزَاحُمِ الأَوْلِيَاءِ)، فَإِذَا ٱجْتَمَعَ إِخْوَةٌ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفْءٍ برِضَاهَا، لَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْوِيضُ إِلَى الأَسَنِّ والأَفْضَلِ، وإِنْ تَزَاحَمُوا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ، ٱنْعَقَدَ، وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ، وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أَمْكَنَ وُقُوعُهُمَا مَعاً، انْدَفَعا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحدٌ، وَنَسِينَا السَّابِقَ، بَقِيَ النِّكَاحُ (و) مَوْقُوفاً أَبداً، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَصْلاً، يُفْسَخِ النِّكَاحُ؛ لِلتعذُّرِ؛ في قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ في قَوْلٍ، والقَاضِي يُنْشِيءُ الفَسْخَ، وَقِيلَ: لِلمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا النَّفَقَةُ (و) قَبْلَ الفَسْخِ؛ لِلحَبْسِ، وَلاَ

---

(١) قال الرافعي: «وللأم أجرة الإرضاع، وإن وجدنا متبرعة أجنبية» المسألة معادةٌ في «النفقات» وفيها خلاف ذكره هناك، والمذكور هناك مغنٍ عما ذكره ها هنا. [ت]

وقال الرافعي ايضاً: «وللأم أجرة الإرضاع وإن وجدنا أجنبيَّة متبرعة» هذا قول والأظهر خلافه، والمسألة منقولة في النفقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والنسب إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإلى العلماء والصلحاء المشهورين دون الخاملين». اتبع فيه الإمام حيث قال: النسب المؤثر الإنتماء إلى شجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم، والانتماء إلى العلماء الحكماء والانتماء إلى أهل الصلاح والتقوى بشرط الشهرة، ولا عبرة بالانتماء إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وكلام أكثر الأصحاب يشعر باعتباره أيضاً، فإن عرف العجم في الكفاءة مرعى كعرف العرب.[ت]

(٣) قال الرافعي: «وما وراء ذلك، فقد تقضي العادة بجبر نقيصة بفضيلة» هذا يخالف ما أطلقه الأكثرون قالوا: لا تزوج مسلمة دينة من معيب بنسب، ولا حُرّة فاسقةٌ من عبد عفيف، ولا عربية فاسقة من عجمي عفيف، ولا عفيفة رقيقة من فاسق حر، وتكفي صفة النقص مانعة من الكفاءة، وما فصَّله الإمام، فقال: السلامة من العيوب والحرية والنسب لا يقابل بسائر فضائل الزوج، وعفة الزوج هل تجبر دناءة نسبه؟ فيه وجهان والنقص من الحرف الدنيئة يعارضه الصلاح، وكذا اليسار إن اعتبرناه يقابل سائر الفضائل. [ت]

(٤) سقط من أ.

مَهْرَ؛ لِعَدَمِ اليَقِينِ، فإنِ ٱدّعَىٰ كُلُّ واحِدٍ عَلَيْهَا العِلْمَ بالسَّبْقِ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَحْلِفَ، فإنْ حَلَفت، بَقِيَ التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فإنْ حَلفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخرِ، ثَبتَ النّكَاحُ لَهُ، وإنْ أقرّتْ لِوَاحِدٍ، فَلِلثَّانِي أَنْ يُحلِّفَهَا؛ عَلىٰ أصحّ القَوْلَيْنِ؛ لأنّهَا لَوْ أَقَرّتْ لِلثَّانِي، لَغرمَتْ لَهُ (و)، وإنْ نَكلَتِ، ٱسْتَحَقَّ الثَّاني باليمِينِ المَرْدُودَةِ الغُرْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أنّهُ يَسْتَحِقُّ الزَّوْجِيّةَ؛ وَكَأنَّ إِقْرَارَهَا لِلأَوّلِ أَوْجَبَ الحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ تَحْلِفَ لِلثَّانِي، وإنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدٌ العِلْمَ عَلَيْهَا، لَكِن ٱدَّعىٰ عَلَيْهَا زَوْجِيَّةً مُطْلَقَةً، فَفِي سَمَاعِ مِثْلِ هَذهِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوِ ٱدَّعَيَا عَلَى الوَلِيِّ، فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَىٰ عَلَى الوَلِيِّ وَتَحْلِيفِهِ وَجْهَانِ؛ عَلَى الإِطْلاَقِ.

البَابُ الثَّاني: في المَوْلِيِّ عَلَيْهِ

وَلاَ يُوَلَّى في النّكَاحِ إلاَّ علَىٰ ناقصٍ بِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أُنوثَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ الأُنُوثَةِ والصِّغَرِ.

(أمّا المَجْنُونُ الكَبِيرُ)، فَلِلأَبِ التَّزْوِيجُ مِنهُ عنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَلاَ يَزِيدُ عَلىٰ وَاحِدَةٍ، وإنْ كَانَ لَهُ أَنْ يُزَوِّج مِنَ الصَّغِيرِ العَاقِلِ أَرْبَعاً (و)، وَلاَ يُزَوِّجُ مِنَ المَجْنُونِ الصَّغِير في وَجْهٍ.

وَأما المجْنُونَةُ، فَيُزَوِّجُهَا بِمُجَرَّدِ المَصْلَحَةِ، صَغِيرَةً كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةً، بِكْراً كَانَتْ أَو ثَيِّباً، وفي الثَّيِّبِ الصَّغِيرة وَجْهٌ؛ أنّهُ لاَ يُزَوِّجُهَا، وَإِذَا بَلَغَتْ عاقلة، ثُمَّ جُنّتْ، عَادَتِ الْوِلاَيَةُ للأَبِ، في الأَصَحِّ[1](و)، واليَتِيمَةُ البَالِغَةُ المَجْنُونَةُ يُزَوِّجُهَا (و) السُّلْطَانُ عنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَيُشَاوِرُ أَقَارِبَهَا، وَالْمَشَاوَرَةُ واجِبَةٌ في أحد الوجْهَيْنِ.

وَقيلَ: يُزَوِّجُ بمُجَرَّدِ المَصْلَحَة دُونَ الحَاجَة.

(وَأَمَّا السَّفِيهُ)، فَلاَ يُجبَرُ، لأنّهُ بالِغٌ، ولاَ يَسْتَقِلُّ؛ لأنّهُ سَفِيهٌ، لَكِنْ يَتَزَوَّجُ (و) بِإِذْنِ الوَلِيِّ بَعْدَ تَعْيِينِ الوَلِيِّ المَرْأَةَ، ثُمَّ يَتَقيَّدُ بمَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الوَلِيُّ المَهْرَ، وَزَادَ السَّفِيهُ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَصَحَّ العَقْدُ (و) وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ المَرْأَةَ، صَحَّ الإِذْنُ، في وَجْهٍ، ثُمَّ عَلَيهِ أَنْ يَنْكِحَ بِمَهْرِ المِثْلِ بِشَرْطِ (و) ألاَّ يَنْكِح، عَلىٰ خِلاَفِ المَصْلَحَةِ، شَرِيفَةً يَسْتَغرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وإنْ نكحَ بِغَيْرِ إِذْنٍ، فَسَدَ، ولَمْ يَجب المَهْرُ بوَطْئِهِ؛ كَمَا لَوِ ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً وَأَتْلفَ.

وَقِيلَ: يَجِبُ تَعبُّداً.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَقَلُّ مَا يُتَمَوَّلُ.

فَإِذَا ٱلْتَمَسَ النِّكَاحَ، فَأَبَى الوَلِيُّ، أَذِنَ السُّلْطَانُ، فَإِنْ لَمْ يجِدْ، صَحَّ ٱسْتِقْلالُهُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَهُ

---

(١) قال الرافعي: «وإذا بلغت عَاقِلة، ثم جُنّت عادت الولاية للأب في الأصح» ذكره مرّة في الحجر حيث قال: وكذا في الجنون الطارىء بعد البلوغ. [ت]

أَنْ يُطَلِّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلاَ يَدْخُلُ تَحتَ الحَجْرِ طَلاَقٌ[1] وأَمَّا الرِّقُّ فَلِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ الأَمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ (م ح) إِجْبَارُ العَبْدِ؛ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ صَغِيراً، فَإِذَا طَلَبَ الرَّقِيقُ النِّكَاحَ؛ لَمْ يُجَبِ الإِجَابَةَ؛ عَلَى الأَصَحِّ[2] (و)، وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَبَبَ هَذَا التَّصَرُّفِ المِلْكُ؛ حَتَّىٰ يُزَوِّجَ الفَاسِقُ أَمَتَهُ، وَيُزَوِّجَ المُسْلِمُ أَمَتَهُ الكَافِرَةَ، وَلِلوَلِيِّ تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بالمَصْلَحَةِ؛ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَأَمَةُ المَرْأَةِ يَزَوِّجُهَا وَلِيُّهَا بِرِضَاهَا.

وَقيلَ: السُّلطَانُ يُزَوِّجُهَا.

وَلاَ يَكْفِي سُكوتُ البِكْرِ في حَقِّ أَمَتِها، وَالمُعْتَقَةُ في المَرَض يُزَوِّجُها قَرِيبُها.

وقيل: لاَ تُزَوَّجُ لإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بالمَوْتِ.

(القِسْمُ الثَّالِثُ) مِنَ الكِتَابِ في المَوَانِع، وَهيَ أَرْبَعَةُ أَجْنَاسٍ.

(الأَوَّلُ): المَحْرَمِيَّةُ بقَرَابَةٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ:

(أَمَّا القَرَابَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنهَا سَبْعَةٌ:

الأُمَّهَاتُ، وَالبَنَاتُ، وَالأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الإِخوَةِ، وَالأَخَوَاتِ، وَالعَمَّاتُ، وَالخَالاَتُ، وَلاَ يَحْرُمُ أَولاَدُ الأَعْمَامِ وَالأَخْوَالِ، وَأُمُّكَ كُلُّ أُنثَىٰ يَنتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالْوِلاَدَةِ، وَلَوْ بوَسَائِطَ، وَبَنوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ، وَلَوْ بِوَسَائِطَ، وَالضَّابِطُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أُصُولُهُ وَفُصُولُهُ، وَفُصُولُ أَوَّلِ أُصولِهِ، وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ، وإِنْ عَلاَ (ح و)، وَلاَ يَحْرُمُ الوَلَدُ (ح)[3] مِنَ الزِّنَا إلاَّ عَلَى الأُمِّ، وَفِي المَنْفِيِّ باللِّعَانِ وَجْهَانِ، وَيحرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ ٱمْرَأَةٍ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ، فَهِيَ أُمُّك، وَكَذَلِكَ كُلُّ ٱمْرَأَةٍ يَرْجِعُ نَسَبُ المُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأُخْتُ المُرْضِعَةِ خَالَتُكَ، وَأَخوهَا خَالُكَ، وَكَذَلِكَ في سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوِ ٱخْتَلَطَتْ أُخْتُ رَضَاعٍ بأَهْلِ قَرْيَةٍ، جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وإِنْ كُنَّ مَحْصُورَاتِ العَدَدِ في العَادَةِ، لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

(وَأَمَّا المُصَاهَرَةُ)، فَيَحْرُمُ مِنهَا بِمُجَرَّدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الزَّوْجَةِ مِنَ الرِضَاعِ وَالنَّسَبِ، وَزَوْجَةُ ٱلابْنِ وَالحَفَدَةِ، وَزَوْجَةُ الأَبِ وَالجَدِّ، وَيَحْرُمُ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ بِالوَطْءِ، لاَ بمُجَرَّدِ النِّكَاحِ، وَالوَطْءُ بالشُّبهَةِ يُحَرِّمُ الأَرْبَعَ دُونَ الزِّنَا (ح)، ويَكْفِي ٱلاشْتِبَاهُ عَلَى الزَّوْجِ؛ في وَجْهٍ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَالعِدَّةُ بٱلاشْتِبَاهِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ المَهْرُ بٱلاشْتِبَاهِ عَلَيْهَا، وَلاَ يَكُونُ اللَّمْسُ كَالوَطْءِ في المُصَاهَرَةِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.

(الثَّانِي): مَالاَ يُوجبُ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِعَدَدٍ، وَهِيَ ثَلاَثَةٌ:

---

(١) قال الرافعي: «وله أن يطلق بكل حال، فلا يدخل تحت الحجر طلاق» حجر الولي كالطلاق مذكور في الحج حيث قال: لا حج عليه مما لا يدخل تحت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا طلب الرقيق النكاح لم تجب الإجابة على الأصح» من القولين، وقيل الوجهين.[ت]

(٣) في أ:(و)

(الأَوَّلُ): نِكَاحُ الأُخْتِ عَلَى الأُخْتِ لاَ يَجُوزُ مَا لَمْ يُطَلِّقِ الأُولَىٰ طَلاَقاً بَائِناً، وَلاَ يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلاَ بَيْنَ ٱمْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ أَوْ رَضَاعٌ، لَوْكَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَراً حُرِّمَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا.

وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ المَرْأَةَ، وَأُمَّ زَوْجِهَا، أَوْ بِنْتَ زَوْجِهَا؛ وَإِنْ كَانَ لا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا؛ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَراً.

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ أُخْتَيْنِ، فَوَطِيءَ إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَتِ الأُخْرَىٰ؛ حَتَّى يُحرِّمَ المَوْطُوءَةَ عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ بِبَيْعٍ، أَوْ تَزْوِيجٍ (ح)، أَوْ عِتْقٍ، أو كِتَابَةٍ (ح).

وَلاَ يَكْفِي طَرَيَانُ تَحْرِيمِ الحَيْضِ، وَالعِدَّةِ، والإِحْرَامِ.

وَهَلْ يَكْفِي الرَّهْنُ وَالبَيْعُ؛ بِشَرْطِ الخِيَارِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَلَوْ وَطِيءَ أَمَةً، وَنَكَحَ أُخْتَهَا، صَحَّ النِّكَاحُ، وَحُرِّمَتِ المَوْطُوءَةُ، وَكذَلِكَ لاَ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

وَتَحِلُّ الخَامِسَةُ بِطَلاَقٍ بَائِنٍ لِوَاحِدَةٍ مِنَ الأَرْبَعِ، دُونَ الرَّجْعَىٰ.

وَالْعَبْدُ لاَ يَزِيدُ (م) عَلَى ٱثْنَتَيْنِ.

وَلَوْ نَكَحَ الحُرُّ خَمْساً فِي عَقْدَةٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ. بَطَل فِيهِمَا، وَفِي البَوَاقِي قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وَالمُطَلَّقَةُ ثَلاَثاً لاَ تَحِلُّ، حَتَّىٰ يَطَأَهَا زَوْجٌ آخَرُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَلاَ يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِيلاَجُ الحَشَفَةِ، أَوْ مِقْدَارِهَا (و) مِنْ مَقْطُوعِ الحَشَفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ والعِنِّينِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱنْتِشَارُ الآلَةِ[1]، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ، فَٱسْتَدْخَلَتْ آلَتَهُ، ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا؛ لِيَنْفَسِخَ النِّكَاحُ، جَازَ فِي قَوْلِ جَوَازِ إِجْبَارِ العَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الغَيْرَةِ، وَلَو نُكِحَتْ بِشَرْطِ الطَّلاَقِ، فَسَدَ العَقْدُ؛ فِي وَجْهٍ[2]، ولَمْ يَحْصُلِ التَّحْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الوَطْءِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَيَفْسُدُ، إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ أَلا يحِلَّ، وَلَيْسَ الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى العَقْدِ كَالمُقَارِنِ فِي الإِفْسَادِ.

(الجِنْسُ الثَّالِثُ) مِنَ المَوَانِعِ: المِلْكُ والرِّقُّ؛ فَلاَ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أَمَتَهُ، وَلَوْ مَلَكَ مَنْكُوحَتَهُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا، ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ يَنْكِحُ الحُرُّ المُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الغَيْرِ إِلاَّ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: فَقْدُ الحُرَّةِ تَحْتَهُ، وَفَقْدُ طَوْلِ الحُرَّةِ (ح)، وَخَوْفُ العَنَتِ (ح)، وَكَوْنُ الأَمَةِ مُسْلِمَةً [ح][3]، فَلَو كَانَ تَحْتَهُ رَتْقَاءُ، أَوْ هَرِمَةٌ، أَوْ حُرَّةٌ كِتَابِيَّةٌ، أَوْ غَائِبَةٌ، لَمْ يَنْكِحِ (و) الأَمَةَ مَا لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَلَو قَدر عَلَىٰ نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءَ، أَوْ غَائِبَةٍ غَيْبَةً بَعِيدَةً، نَكَحَ الأَمَةَ

---

(١) قال الرافعي: «ويكفي وطء الصبي والعنين، ولا يشترط انتشار الآلة» هذا وجه، والظاهر خلافه فيهما. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن نكحت بشرط الطلاق فسد العقد في وجه» هذا قول في رواية الجمهور. [ت]

(٣) سقط من أ.

(و)، وَكَذٰلِكَ لَوْ قَدَرَ عَلَىٰ حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ؛ في وَجْهٍ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً، فَغَالَتْهُ في المَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولُهُ إِسْرَافاً، نَكَحَ الأَمَةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ (و) نِكَاحُ الأَمَةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَىٰ بمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، فَإِنْ قَنِعَتْ بِدُونِ مَهْرِ المِثْلِ، لَمْ يَنْكِحِ الأَمَةَ؛ عَلَى الأَصَحِّ؛ إذ المِنَّةُ فِيهِ هَيِّنَةٌ، وَأَمَّا خَوْفُ العَنَتِ، فإِنَّمَا يَتِمُّ لِغَلَبَةِ الشَّهْوَةِ، وَضَعْفِ التَّقْوَىٰ، فَإِنْ قَوِيَتِ التَّقْوَىٰ وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَنْكِحْ (و)، وَالقَادِرُ عَلَىٰ سُرِّيَّةٍ لاَ يَخَافُ العَنَتَ، فَلاَ يَتَرَخَّصُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، فإذا تَرَخَّصَ، فَلاَ يَنْكِحُ إلاَّ مُسْلِمَةً(ح)، أَمَّا الكِتَابِيَّةُ، فَلاَ تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أَمَةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ؛ عَلَى الأَصَحِّ وَالحُرُّ الكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الأَمَةَ الكِتَابِيَّةَ، والعَبْدُ المُسْلِمُ لاَ يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الحُرَّةِ، وَنَكَحَهَا، لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الأَمَةِ، بَلْ لاَ يَرْعَى الشَّرْطَ، إلا في ٱلابْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ القَادِرُ حُرَّةً وَأَمَةً في عَقْدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الأَمَةِ، وَفي الحُرَّةِ قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

(الجِنْسُ الرَّابِعُ): الكُفْرُ، وَهُمْ ثَلاَثَةُ أَصْنَافٍ:

(الكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَيُقَرُّونَ بِالْجِزْيَةِ، وَالوَثَنِيُّ وَالمُعَطِّلُ وَالزِّنْدِيقُ لاَ تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ، وَلاَ يُقَرُّون بالجِزْيَةِ، وَالمَجُوسُ لاَ تَحِلُّ مُنَاكَحَتُهُمْ(و)، لَكِنْ يُقَرُّونَ بِالْجِزْيَةِ، لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلاَدِ بني إِسْرائِيلَ، وَآمَنَ أَوَّلُ آبائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ فُقِدَ النَّسَبُ، فَفِيهَا قَوْلاَنِ، وَلَو آمَنَ آباؤهَا بَعْدَالتَّحْرِيف، أَوْ شُكَّ فِيهِ، فَفِيهَا قَوْلاَنِ[1]، وَإِنْ آمَنَ بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ شُكَّ فِيهِ، لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَعْثِ عيسَى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم كَهُوَ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالصَّابِئُونَ وَالسَّامِرَةُ، إنْ كَانُوا مُلْحِدَةً عِنْدَ اليَهُودِ وَالنَّصَارَىٰ، لَمْ يُنَاكَحُوا، وإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، حَلَّ نِكَاحُهُمْ.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ مُطْلَقاً.

(فَرْعٌ): لَوْ تنصَّرَ يَهُودِيٌّ، يُقَرُّ؛ في قَوْلٍ.

وَلاَ يُرْضَىٰ مِنْهُ إلاَّ بِالسَّيْفِ (ح) أو الإِسْلاَمِ؛ في قَوْلٍ.

وَيُرْضَىٰ بِالإِسْلاَمِ أَوِ العَوْدِ إلى التَّهَوُّدِ؛ في قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُقَرُّ، فَهَلْ يُلْحَقُ بِمَأْمنِهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[2].

وَكَذٰلِكَ لَوْ تَوَثَّنَ يَهُودِيٌّ، تَجْرِي الأَقْوَالُ إلاَّ أَنَّهُ لاَ يُقَرُّ عَلَى التَّوَثُّنِ بِحَالٍ، وَيُقْنَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ؛ عَلَى قَوْلٍ. وَلَوْ تَنَصَّرَ وَثَنِيٌّ، فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إلاَّ بِالإِسْلاَم، وَلَوِ ٱرْتَدَّ مُسْلِمٌ، فَلاَ يُقْنَعُ مِنْهُ إلاَّ بِالإِسْلاَمِ أَو السَّيْفِ، وَتَتَنَجَّزُ ٱلفُرْقَةُ بِهَا قَبْلَ المَسِيسِ [ح][3]، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ المَسِيسِ إِلَى ٱنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا، دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلاَّ فَتَتَبَيَّنُ الفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ، وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَلَدٌ، لَمْ

(١) قال الرافعي: «وإن آمن آباؤها بعد التحريف أو شك فيه ففيها قولان» قيل: وجهان. [ت]
(٢) قال الرافعي: «فإن قلنا: لا يقر فهل يلحق بمأمنه؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]
(٣) سقط من أ.

يَنْكِحُ في قَوْلٍ؛ لِغَلَبَةِ التَّحْرِيمِ، وَنُظِرَ إِلَىٰ جَانِبِ الأَبِ في قَوْلٍ.

وَيَتَّصِلُ بِهَذَا:

بَابُ نِكَاحِ المُشْرِكَاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأَوَّلُ فِيمَا يُقَرُّ عَلَيْهِ الكَافِرُ مِنَ الأَنْكِحَةِ)، وَمَهْمَا أَسْلَمَ كَافِرٌ عَلَىٰ كِتَابِيَّةٍ، قُرِّرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ وَثَنِيَّةٍ أَوْ مَجُوسِيَّةٍ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ قَبْلَ المَسِيسِ، ٱسْتَمَرَّ النِّكَاحُ، وَكَذَٰلِكَ (م ح)، إِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ المَسِيسِ، وَقَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ؛ وَكَذَٰلِكَ الحكْمُ لَوْ كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ إلى الإِسْلَامِ، وَإِذَا أَسْلَما، لَمْ نَبْحَثْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِهِمَا، بَلْ نُقِرُّهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بلاَ وَلِيٍّ وَلاَ شُهُودٍ، وفي العِدَّةِ إلاَّ إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا (و) قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ؛ فَإِنَّ المُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الإِسْلاَمَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ؛ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أُمُّهُ أو ٱبْنَتُهُ، وَنُقَرِّرُهُمْ على النِّكَاحِ المُؤَقَّتِ، إن ٱعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّداً، وَإِن ٱعْتَقَدُوهُ مُؤَقَّتاً أَوْ فَاسِداً، لَمْ نُقِرَّهُمْ، وَلاَ نُقِرُّهُمْ عَلَىٰ مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلاَّ إِذَا كَانَ صَحِيحاً عِنْدَنَا، وَلَوِ ٱعْتَقَدُوا غَصْبَ المَرْأَةِ نِكَاحاً، قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَكَأَنَّهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لاَ يُؤَاخَذُونَ بِشَرْطِ الإِسْلاَمِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم لِفَيْرُوزَ الديلَمِي[1] [2]، وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أُخْتَيْنِ: اخْتَرْ إِحْدَاهُمَا؛ فَإِنَّهُ

---

(١) قال الرافعي: «فيروز الدَّيْلمي» على قضية بعض الروَايات من الصحابة وجعل بعضهم مكانة ديلم بن فيروز الحميري الرعيني، وقال: هو ممن وفد على النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه بنوه الضحاك وعبدالله، وأبو الخير مرثد بن عبدالله. [ت] ينظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٥/ ٥٣٣، تاريخ خليفة ١١٧، طبقات خليفة ٢٨٧، المعرفة ليعقوب ٣/ ٢٦٢، ثقات ابن حبان ٣/ ٣٣٢، الكنى للدولابي ١/ ٧٥، الجرح التعديل ٧/ت (٥٢١)، الاستيعاب ٣/ ١٢٦٤، أنساب السمعاني ٥/ ٤٠٠، الكامل في التاريخ ٣/ ٤٩٦، الكاشف ٢/ت (٤٥٨٤)، العبر ١/ ٥٩، تجريد أسماء الصحابة ٢/ ٩٠، تهذيب التهذيب ٨/ ٣٠٥، التقريب ٢/ ١١٤، الإصابة ت (٧٠١٠)، الخلاصة ٢/ت (٥٧٦١)، تهذيب الكمال ٢٣/ ٣٢٢.

(٢) قال الرافعي: «لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لفيروز الديلمي روى الشافعي عن ابن أبي يحيى عن إسحاق بن عبدالله عن أبي وهب الجيشاني عن أبي خَراشٍ عن الديلمي، قال: أسلمت وَتَحْتِي أختان، فأمرني أن أمسك أَيَّتَهُمَا شِئْتَ، وَأُفَارِقَ الأُخْرَى».

وروى أبو عيسى الترمذي عن بندار عن وهب بن جرير عن أبيه، عن يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي وَهْبِ الجَيْشَانِيّ عن الضحاك بن فيروز الديلمي عن أبيه أنه قال: قلت: يا رسول الله أسلمت وتحتي أختان، قال: «أختر أَيَّتُهُما شئت» وروى يحيى بن يحيى عن ابن أبي ربيعة عن أبي وهب الجيشاني عن الضحاك بن فيروز عن أبيه بمثله، وطرحا عن الإسناد أبا خراس. [ت]

الذي أسلم على الاختين هو فيروز الديلمي قال: أسلمت وعندي اختان فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «طلق أيتهما شئت» وفي لفظ بعضهم: «اختر أيتهما شئت» أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢). وأبو داود (٢/ ٦٧٨) كتاب الطلاق، باب في من اسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو اختان الحديث (٢٢٤٣). والترمذي (٣/ ٤٣٦) كتاب النكاح ـ باب ما جاء من الرجل يسلم وعنده أختان ـ الحديث (١١٢٩) و (١١٣٠). وابن ماجه (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح ـ باب الرجل يسلم وعنده أختان الحديث (١٩٥١). والدارقطني (٣/ ٢٧٣) كتاب النكاح ـ باب المهر ـ الحديث (١٠٥). والبيهقي (٧/ ١٨٤) كتاب النكاح =

لَمْ يُعَيِّنِ الأُولَىٰ للصِّحَّةِ، وأَمَّا المُفسِدُ الطَّارِىءُ بَعْدَ العَقْدِ، لاَ يُؤَثِّرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الإسْلاَمِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ، أَوْ سَبَقَتْ وأَحْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلاَمِهِ، لكِنْ لَوْ نَكَحَ أَمَةً، ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ عَلَيْهِما، آنْدَفَعَتِ الأَمَةُ، وَكَذٰلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَمَةٍ، وهُوَ مُوسِرٌ بيَسَارٍ طَارِىءٍ.

وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الإسْلاَمِ كَآبْتِدَاءِ العَقْدِ مُطْلَقاً.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَآرْتَدَّتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، آنْدَفَعَ نِكَاحُهَا، إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ العِدَّةِ.

ثُمَّ هَذِهِ المُفْسِدَاتُ، إِنْ قَارَنَتْ إِسْلاَمَ أَحَدِهما، كَفَىٰ (و) إِلاَّ في اليَسَارِ؛ فإِنَّهُ لاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ إِذَا وُجِدَ عِنْدَ آجْتِمَاعِهِمَا في (ح) الإِسْلاَمِ، وَإِذَا طَلَّقَ الكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلاَثاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، لَمْ يَنْكِحْهَا إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ، في قَوْلٍ، وَلاَ يُحْتَاجُ إِلى المُحَلِّلِ؛ في قَوْلٍ، فإِنَّا نُصَحِحُ أَنْكِحَتَهُمْ مُطْلَقاً؛ في قَوْلٍ[1]، وَنُفْسِدُهَا؛ في قَوْلٍ إِلاَّ عِنْدَ الإِسْلاَمِ؛ وَنَتَوَقَّفُ؛ في قَوْلٍ، فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ في الإِسْلاَمِ نَتَبَيَّنُ صِحَّتَهُ، وَمَا يَدْفَعُهُ نَتَبَيَّنُ فَسَادَهُ؛ حَتَّىٰ لاَ يَثْبُتَ المَهْرُ عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ لِلَّتِي يَدْفَعُ الإِسْلاَمُ نِكَاحَهَا، وَلاَ عَلَىٰ قَوْلِ الإِفْسَادِ، وَيَثْبُتُ عَلَىٰ قَوْلِ الصِّحَّةِ، وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلاَثاً، فَإِذَا أَسْلَمُوا، فَعَلَىٰ قَولِ التَّصْحِيحِ، حُرِّمَتَا عَلَيْهِ إِلاَّ بِمُحَلِّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الإِفْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً، وَلاَ مَهْرَ لِلثَّانية، وَعَلىٰ قَوْلِ التَّوقُف يَخْتَارُ وَاحِدَةً، فَيُنَفَّذُ فيهَا الطَّلاَقَ الثَّلاَثَ وَيَحْتَاجُ إِلَىٰ مُحَلِّلٍ، وَيَنْدَفِعُ الثَّانِيَةَ، وَلاَ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلىٰ مُحَلِّلٍ.

وَمَهْمَا أَصْدَقَهَا خَمْراً، وَقَبَضَتْ قَبْلَ الإِسْلاَمِ، فَلاَ مَهْرَ لَهَا (و)، وإِنْ لَمْ تَقْبِضْ، رَجَعَ إِلىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ قَبَضَتِ البَعْضَ، رَجَعَ إِلَىٰ بَعْضِ مَهْرِ المِثْلِ؛ بِآعْتِبَارِ(و) قيمة الخَمْرِ.

وَمَهْمَا تَرَافَعُوا إِلَيْنَا في أَنْكِحَتِهِمْ أَوْ غَيْرِهَا، جَازَ لَنَا الحُكْمُ بِالحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلاَنِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ، وَجَبَ الحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَي المِلَّةِ، وَجَبَ؛ عَلَى الأَصَحِ[2]، وَلاَ يَجِبُ في المُعَاهِدَيْنِ، وَلاَ نَحْكُمُ إِلاَّ إِذَا رَضِيَ الخَصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا[3].

وَلَوْ طَلَبَتْ نَفَقَةً في نِكَاحٍ بِلاَ وليٍّ وَلاَ شُهُودٍ، حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبَتْ في نِكَاحِ مُحَرَّمٍ أَوْ مُعْتَدَّةً في الحَالِ، لَمْ نَحْكُمْ، وَفي المَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في زِيَادَةِ العَدَدِ الشَّرْعِيِّ)، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ عَشْرِ نِسْوَةٍ، آخْتَارَ أَرْبَعاً (ح)،

= ـ باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(١) قال الرافعي: «فإنا نصحح أنكحتهم مطلقاً في قول إلى آخر الأقوال» الأكثرون نقلوها نقل الوجوه.[ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كانا مختلفي الملّة وجب على الأصح» من الطريقين والثاني: طرد القولين. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا نحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمنا» يَسبق إلى الفهم منه أنا حيث أوجبنا الحكم فذلك إذا حصل رضا المتداعيين، لكن الأصحاب اعتبروا الرضا على قول عدم الوجوب، ولم يعتبروا على قول الوجوب، فقالوا على اختلاف الطبقات إن قلنا: بوجوب الحكم فإذا استعدى خصم على خصم أعداه القاضي ووجب على المعدى الحضور، وإن قلنا: لا يجب لم تجب الإعداء والمعدى عليه بالخيار في الحضور إذا أعدى. [ت]

وَٱنْدَفَعَ نِكَاحُ البَاقِيَاتِ، وَلاَ مَهْرَ لَهُنَّ إلاَّ عَلَىٰ قَوْلِ التَّصْحِيحِ[1]، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ٱمْرَأَةٍ وَٱبْنَتِهَا، وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَهُمَا مُحَرَّمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِما، ٱخْتَارَ إِحْدَاهُمَا؛ في قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَت البِنْتُ، عَلَى الأَصَحِّ(و)؛ لأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ البِنْتِ، تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَٱنْدَفَعَتِ الأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الأُمِّ، ٱنْدَفَعَتِ البِنْتُ، وَبَقِيَ نِكَاحُ الأُمِّ، إِنْ أَفْسَدْنَا أَنْكِحَتَهُمْ، وَإِلاَّ ٱنْدَفَعَتْ أَيْضاً، وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ اخْتَارَ وَاحِدَةً، إِنْ كَانَ عَاجِزاً عِنْدَ الإِلْتِقَاءِ فِي الإِسْلاَمِ، فإِن أَسْلَمَ عَلَىٰ ثَلاَثٍ، وَأَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، وَأَسْلَمَتِ الثَّانِيَةُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، وَالثَّالِثَةُ، وَهُوَ مُعْسِرٌ، ٱنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الأُولَىٰ وَالثَّالِثَةِ، وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ حُرَّةٍ، وَإِمَاءٍ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، إِلاَّ إِذَا تَخَلَّفَتِ الحُرَّةُ وَأَصَرَّتْ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ عِدَّتِهَا، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، إِلاَّ إِذَا عَتَقْنَ قَبْلَ إِسْلاَمِ الحُرَّةِ، فَيَلْتَحِقْنَ بِالحَرَائِرِ الأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ إِمَاءٍ، وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةٌ، ثُمَّ عَتَقَتْ، وَأَسْلَمَتْ قَبْلَ الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتْ كَالحُرَّةِ، وَٱنْدَفَعَتِ الإِمَاءُ السَّابِقَاتُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَمَتَيْنِ، وَتَخَلَّفَتْ أَمَتَانِ، فَعَتَقَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُهُمَا؛ إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَتِيقَةٌ، وَٱخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ المُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عِتْقُهَا بَعْدَ إِسْلاَمِهِمَا، وَإِسْلاَمُ الأُخْرَىٰ لاَ يُؤَثِّرُ في حَقِّهَا، وَلاَ خِيَارَ لَهَا، إِلاَّ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الفَسْخِ؛ لِعُذْرِ ٱنْتِظَارِ إِسْلاَمِ الزَّوْجِ، إِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخَتْ، نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، فتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الفَسْخِ؛ فَإِنْ أَجَازَتِ، ٱبْتَنَىٰ عَلَىٰ وِفْقِ العُقُودِ[2] وَأَمَّا العَبْدُ، إِنْ أَسْلَمَ عَلَىٰ حُرَّةٍ، فَلاَ خِيَار (و) لَهَا[3]، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ ٱثْنَتَيْنِ أَبَداً مِنَ الحَرَائِرِ وَالإِمَاءِ؛ لأَنَّ الأَمَةَ في حَقِّهِ كَالحُرَّةِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلاَمِهِنَّ، ٱلْتَحَقَ بِالحُرِّ، فَلاَ يَخْتَارُ مِنَ الإِمَاءِ إِلاَّ وَاحِدَةً، وَيَخْتَارُ مِنَ الحَرَائِرِ أَرْبَعاً.

وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ، ٱنْدَفَعَ نِكَاحُ الإِمَاءِ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمَتِ البَاقِيَاتُ مِنَ الحَرَائِرِ، فَلاَ يَزِيدُ عَلَى ٱثْنَتَيْنِ؛ لأَنَّهُ وَجَدَ كَمَالَ عَدَدِ العَبِيدِ قَبْلَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ، فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ البَقِيَاتُ، ٱخْتَارَ أَرْبَعاً (و)؛ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالُ العَدَدِ قَبَلَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ فَعَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ البَاقِيَاتُ اخْتَارَ أَرْبَعاً (و)، لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ كَمَالُ العَدَدِ قَبْلَ الْحُرِّيَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ أَرْبَعِ إِمَاءٍ، فَأَسْلَمَتْ ثِنْتَان، ثُمَّ عَتَقَ، فَأَسْلَمَتِ المُتَخَلِّفَتَانِ يَخْتَارُ الأُولَيَيْنِ، وَلاَ يَخْتَارُ المُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الأَولَيَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الأُخْرَيَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ: يَخْتَارُ الأُخْرَيَيْنِ أَيْضاً، إِنْ شَاءَ.

---

(١) قال الرافعي: «فلا مهر لهن إلاّ على قول التّصحيح» مكرر مذكور عند ذكر الخلاف في أنكحة الكفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أجازت التبني على وفق العقود» لا ذكر للتخريج على وفق العقود في كلام الأصحاب، وإنما الذي أطلقوه البطلان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وأما العبد إن أسلم على حُرّة فلا خيار لها» قوله: «على حُرَّة» لا حاجة إليه، فإن الحكم لو كانت أَمَةً كما لو كانت حُرة فلا خيار لزوجته على الظاهر وفيه وجه. [ت]

(الفَصْلُ الثَّالِثُ في ٱلاخْتِيَارِ)، وَلَهُ طَرَفَانِ:

(أَحَدُهُمَا: أَلْفَاظُهُ)، وَلاَ يَخْفَىٰ صَرِيحُهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، تَعَيَّنَتْ لِلنِّكاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ آلىٰ، لَمْ تَتَعَيَّنْ (و)، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، وَفُسِّرَ بالطَّلاَقِ، تَعَيَّنِ للنِّكاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَىٰ تَعْيِينِها للْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَقَدِ اخْتَرْتُكِ لِلنِّكَاحِ، أَوْ لِلْفِرَاقِ (و)، لَمْ يَصِحَّ التَّعْلِيقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ، صَحَّ، وَحَصَلَ ٱلاخْتِيَارُ ضِمْناً، وَالوَطْءُ، هَلْ يَكُونُ كَتَعْيِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ المُخْتَارَاتِ في سِتَّةٍ مِنَ الجَمَاعَةِ، ٱنْحَصَرَتْ، وَلَوْ أَسْلَمَ مَعَهُ أَرْبَعٌ، وَتَخَلَّفَ أَرْبَعٌ فَعَيَّنَ الأُولَيَاتِ لِلنِّكَاحِ، صَحَّ، وَلِلْفَسْخِ لاَ يَصِحُّ، إِذَا كَانَتِ المُتَخَلِّفَاتُ وَثَنِيَّاتٍ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ مَوْقُوفاً.

وَلَوْ عَيَّنَ المُتَخَلِّفَاتِ لِلفَسْخِ يَصِحُّ، وَلِلنِّكَاحِ لاَ يَصِحُّ؛ إِلاَّ عَلَىٰ وَجْهِ الوَقْفِ.

وَلَوْ أَسْلَمَتِ الثَّمَانِيَةُ عَلَىٰ تَرَادُفٍ، وَهُوَ يُخَاطِبُ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِالفَسْخِ عِنْدَ إِسْلاَمِها، تَعَيَّنَ لَلفَسْخِ الأَرْبَعُ المُتَأَخِّرَاتُ، وَعَلَىٰ وَجْهِ الوَقْفِ يَتَعَيَّنُ الأَرْبَعُ المُتَقَدِّمَاتُ.

ٱلطَّرَفُ الثَّانِي: في أَوْضَاعِ ٱلاخْتِيَارِ، فَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ عَلَىٰ ثَمَانِي نِسْوَةٍ، وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، فَيَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ٱلاخْتِيَارُ؛ فَإِنَّ الإِسْلاَمَ رَفَعَ النِّكَاحَ في أَرْبَعَةٍ، وَإِلَيْهِ التَّعْيِينُ[1].

وَمَهْمَا ٱمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنِ التَّعْيِينِ، حُبِسَ (و)، فَإِنْ أَصَرَّ، عُزِّرَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ، اعْتَدَّتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الأَجَلَيْنِ، وُقِفَ رُبُعُ المِيرَاثِ، أَوِ الثُّمُنُ لَهُنَّ إِلَىٰ أَنْ يَصْطَلِحْنَ.

وَقِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَيْهِنَّ بِالسَّوِيَّةِ؛ لاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ اليَأْسِ؛ بِخِلاَفِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ، وَٱلْتَبَسَ عَلَيْنَا، فَإِنَّ الوَاحِدَةَ في عِلْمِ الله مُتَعَينةٌ لِلفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ ثَمَانٍ كِتَابِيَّاتٍ، فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ، وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ لاَ يُوقَفُ(و) شَيْءٌ مِنَ المِيرَاثِ لَهُنَّ، لأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتِ المُفَارَقَاتُ المُسْلِمَاتِ، فَلاَ يَتَعَيَّنُ حَقُّ الزَّوْجِيَّةِ، وَكَذٰلِكَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ وَمُسْلِمَةٌ، فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَمَاتَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ، لَمْ يُوقَفْ لَهُما مِيرَاثٌ، للشَّكِّ في الأَصْلِ.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في النَّفَقَةِ) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، لَمْ تَسْتَحِقَّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ عَلَى الجَدِيدِ؛ لأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَ، ٱسْتَحَقَّتْ لِمُدَّة التَّقَدُّمِ عَلَى المَذْهَبِ، (و) لأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أَصرَّ الزَّوْجُ، لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ العِدَّةِ؛ لأَنَّهَا بائِنَةٌ.

وقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ؛ لأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةً عَلَىٰ تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْها، وَلَوْ قَالَ: سَبَقْتِ بِالإِسْلاَمِ قَبْلَ المَسِيسِ، فَأَنْكَرَتْ، فالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ المَهْرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعاً، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ[2]، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ[3]؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن قال أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ إلى آخره» في المسألة قولان.[ت]

(٣) قال الرافعي: « ولو قال: أسلمنا معاً، والنكاحُ بَاقٍ، فالقول قوله إلى آخره» المسألة معادةٌ في «الدعاوى =

وَقِيلَ: بَلِ القَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ التَّسَاوُقَ في الإِسْلاَمِ نَادِرٌ.

(القِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الكِتَابِ: في مُوجِبَاتِ الخِيَارِ).

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: العَيْبُ، وَالغُرُورُ، وَالْعِتْقُ، وَالْعُنَّةُ:

(السَّبَبُ الأَوَّلُ: العَيْبُ)، وَيَثْبُتُ (ح) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْخِيَارُ بِالْبَرَصِ وَالجُذَامِ وَالجُنُونِ، وَيَثْبُتُ [ح][1] لَهَا بِجَبِّهِ وَعُنَّتِهِ، وَلَهُ بِرَتْقِهَا وَقَرَنِهَا(ح)، وَفِي الرَّدِ بِالبَخرِ أَو الصُّنَانِ والعَذْيُوطِ الذِي لاَ يَقْبَلُ الْعِلاجَ خِلافٌ (و)، وَكَذلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنْ آحَادِ العُيُوبِ الَّتِي تُنَفِّرُ تَنْفِيرَ البَرَصِ، وَتَكْسِرُ سَوْرَةَ التَّوَّاقِ، لَكِنَّ المَشْهُورَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ إِلاَّ بالعُيُوبِ السَّبْعَةِ المَذْكُورَةِ أَوَّلاً، وَفي رَدِّ الخُنْثَىٰ أَيْضاً خِلاَفٌ، وَهَذَا فِيمَا يُقَارِنُ العَقْدَ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ المَسِيسِ، ثَبَتَ لَهَا الخَيَارُ، وَبَعْدَ المَسِيسِ وَجْهَانِ، إِلاَّ العُنَّةَ؛ فإِنَّها لاَ تُؤَثِّرُ بَعْدَ المَسِيسِ، وَيَثْبُتُ لِلزَّوْجِ أَيْضاً بِعَيْبِها الطَّارِىءِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الأَوْلِيَاءُ، فَلاَ خِيَارَ لَهُمْ بِالعَيْبِ الطَّارِىءِ، وَيَثْبُتُ في المُقَارِنِ بِالجُنُونِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِالجَبِّ وَالعُنَّةِ، وَفِي البَرَصِ وَالجُذَامِ[2] وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: في الجَمِيعِ عَارٌ، فَيَثْبُتُ لَهُمُ الخِيَارُ، وَهَذَا الخِيَارُ عَلَى الفَوْرِ، وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلمَهْرِ قَبْلَ المَسِيسِ، وَإِنْ كَانَ الفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ المَسِيسِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ الرِّدَّةِ أَنَّ المُسَمَّىٰ يَتَقَرَّرُ، وَفي الرِّدَّةِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ هٰهُنَا[3] وَمَهْمَا كَانَ العَيْبُ طَارِئاً، كَانَ تَقْرِيرُ المُسَمَّىٰ أَوْلَىٰ، وَلاَ رُجُوعَ (م) بِالمَهْرِ المَغْرُومِ عَلَى الوَلِيِّ عَلَى الجَدِيدِ، وَلاَ نَفَقَةَ وَلاَ سُكْنَىٰ (و) لَهَا في العِدَّةِ؛ كَمَا لاَ مَهْرَ[4]، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهَا لِلحَمْلِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: الغُرُورُ)، وَمَهْمَا شُرِطَ في العَقْدِ إِسْلاَمُهَا، أَوْ نَسَبُهَا، أَوْ حُرِّيَّتُهَا، أَوْ نَسَبُهُ، أَوْ حُرِّيَّتُهُ، فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ، فَفِي صِحَّةِ العَقْدِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَفِي خِيَارِ الخُلْفِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ ظَنَّتْهُ كُفْؤاً، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفْءٍ؛ فَلاَ خِيَارَ، وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً، فَإِذَا هِيَ كِتَابِيَّةٌ، فَلَهُ الخِيَارُ، فَلَوْ ظَنَّهَا حُرَّةً، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، فَلاَ خِيَارَ.

وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الكُفْرَ والرِّقَّ، هَلْ يَلْتَحِقُ بالعُيُوبِ

= والبينات» مع زيادات، وفيما ذكر هناك كفاية.[ت]

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «ويثبت في المقارن بالجنون إلى قوله ويثبت لهم الخيار في الجنون والجذام والبرص» لا يكاد يوجب نقله إلا لصاحب الكتاب، ولكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار.[ت]

(٣) قال الرافعي: « وفي الردة قول مخرج من هٰهنا» لم يتعرض الأكثرون للتخريج من هذا الطرف، بل أشاروا إلى نفيه وقالوا: الردة لا تستند إلى ما تقدم بحال، فلا تؤثر فيما سبق وجوبه.[ت]

(٤) قال الرافعي: «ولا نفقة ولا سُكْنى لها في العِدّة كما لا مهر»، يريد إذا كانت حاملاً وقد أعاد ذلك في باب العِدّة، وجعل في استحقاقها السُّكنى قولين.[ت]

الخَمْسَةِ؟.

وَقِيلَ: بل مَأْخَذُهُمَا أَنَّ الغُرُورَ بالفِعْلِ، هَلْ هُوَ كالغُرُورِ بِالقَوْلِ؟.

وَقِيلَ: إنَّ الكِتَابِيَّةَ لاَ تَلْتَبِسُ بِالمُسْلِمَة، إلاَّ بِقَصْدٍ، فَهُوَ تَغْرِيرٌ؛ بِخِلاَفِ الأَمَةِ، وَكُلُّ تَغْرِيرٍ سَابِقٍ عَلَى العَقْدِ، فَلاَ يُؤَثِّرُ (و) في صِحَّةِ العَقْدِ، لَكِنْ يُؤَثِّرُ في الرُّجُوعِ بِالمَهْرِ، إذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الغَارِّ؛ في قَوْلٍ.

(فَرْعٌ) إِذَا غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، فَوَلَدَت، انعَقَدَ (ح) الوَلَدُ حُرّاً، وَعَلَى المَغْرُورِ(و) قِيمَتُهُ لِلسَّيِّد؛ إِذْ فَاتَ رِقُّهُ بِظَنِّهِ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً أَوْ عبداً، وَيَرْجِعُ به (و) عَلَى الغَارِّ قَوْلاً وَاحِداً، وإِنَّمَا يَرْجِعُ إِذَا غَرِمَ(و)، وَإِنْ كَانَ المَغْرُورُ عَبْداً، تَعَلَّقَ القِيمَةُ بِرَقَبَتِهِ؛ في قَوْلٍ، وَبذِمَّتِهِ فِي قَوْلٍ، وَبِكَسْبِهِ فِي قَوْلٍ، وَالمُسَمَّىٰ مِنَ المَهْرِ، إِذَا لَزِمَ، تَعلَّقَ بِكَسْبِهِ، وَحَيْثُ لاَيَلْزَمُ، فَمهرُ المِثْلِ تَجْرِي الأَقْوَالُ الثَّلاَثَةُ فِي مُتَعلَّقِهِ، وَإِنْ الغَارَّةُ كانت هِيَ الأَمَةَ، تَعَلَّقَ عُهْدَةُ الزَّوْجِ بِذِمَّتِهَا (و)، وَالمُكَاتَبَةُ كالأَمَةِ، إِلاَّ أَنَّهُ لاَ مَهْرَ لَهَا؛ فَإِنَّهَا الغَارَّةُ المُسْتَحِقَّةُ، وَالسَّيِّدُ لاَ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ التَّغْرِيرُ؛ لأَنَّهُ إِنْ قَالَ: إِنَّهَا حُرَّةٌ، عَتَقَتْ، وَلَو انْفَصَلَ الوَلَدُ مَيِّتاً، فَلاَ قِيمَةَ لَهُ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجِنَايَةِ جَانٍ، فَيُغَرَّمُ عَاقِلَةُ الجَانِي الْغُرَّةَ لَوَرَثَةِ الجَنِينِ، وَيُغَرَّمُ المَغْرُورُ عُشْرَ قِيمَةِ الأُمِّ للسَّيِّدِ؛ في وَجْهٍ.

وَفي وَجْهٍ آخَرَ يُغَرَّمُ أَقَلَّ الأَمْرَيْنِ مِنْ عُشْرِ قِيمَةِ الأُمِّ، أَوْ مَا سُلِّمَ لَهُ بِالوِرَاثَةِ مِنْ غُرَّة الجَنِينِ؛ لأَنَّهُ لَوْلاَ الغُرَّةُ، لَمَا غُرِّمَ المَيْتُ.

(السَّبَبُ الثَّالِثُ: الْعِتْقُ)، وَإِذَا عَتَقَتْ تَحتَ عَبْدٍ، فَلَهَا الخِيَارُ، وإِنْ عَتَقَتْ تَحتَ حُرٍّ، فَلاَ خِيَار (ح)، وَإِنْ عَتَقَ نِصْفُهَا، فَلاَ خَيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقَتْ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الفَسْخِ طَلاَقاً رَجْعِيّاً، فَلَهَا الفَسْخُ؛ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَجَازَتْ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ.

وَقِيلَ: يُخَرَّجُ عَلَىٰ وَقْفِ العُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلاَقُ بَائناً (و)، بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ، وَتَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلاَ خِيَار لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ المَسِيسِ، فَلاَ مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ المَسِيسِ، فَلِلسَّيِدِ كَمَالُ المُسَمَّىٰ قَوْلاً وَاحِداً (و)، وَهَذَا الخِيَارُ أَيْضاً عَلَى الفَوْرِ (ح).

وَفِي قَوْلٍ: يَتَمَادَىٰ (ح) إِلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّام.

وَفي قَوْلٍ لاَ يَسْقُطُ (ح) إِلاَّ بِإِسْقَاطٍ، أَوْ تَمْكِينٍ (ح) مِنَ الوَطْءِ، فَلَوْ مَكَّنَتْ، ثُمَّ ٱدَّعَتِ الجَهْلَ بِالْعِتْقِ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا، إِذَا حَلَفَتْ، وَلَوِ ٱدَّعَتِ الجَهْلَ؛ بِأَنَّ الخِيَارَ عَلَى الفَوْرِ، لَمْ تُعْذَرْ، وَلَوِ ٱدَّعَتِ الجَهْلَ بِثُبُوتِ أَصْلِ الخِيَارِ، فَتُعْذَرُ، عَلَىٰ قَوْلٍ.

(السَّبَبُ الرَّابِعُ: العُنَّةُ)، وَمَهْمَا وَقَعَ اليَأْسُ عَنِ الوَطْءِ؛ بِجَبٍّ أَوْ عُنَّةٍ، أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ، ثَبَتَ لَهَا الخِيَارُ، وَفِي إِلْحَاقِ الإِخْصَاءِ بِالجَبِّ قَوْلاَنِ؛ وَالعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الوَطْءِ، لاَ تُؤَثِّرُ، وَلَوْ عُنَّ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا، فَلَهَا الخِيَارُ، وَلَوْ عُنَّ عَنِ المَأْتَىٰ، وَقَدَرَ عَلَىٰ غَيْرِ المَأْتَىٰ، فَلَهَا الخِيَارُ، (و)، وَلَوِ

ٱمْتَنَعَ مَعَ القُدْرَةِ، فَلاَ خِيَارَ، وَلٰكِنْ لَهَا المُطَالَبَةُ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِتَقْرِيرِ المَهْرِ وَتَحْصِيلِ التَّحْصِينِ، فَإِنْ عَلَّلْنَا بالمَهْرِ، كَانَتِ المُطَالَبَةُ لِلسَّيِّدِ في الأَمَةِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا بَعْدَ الإِبْرَاءِ، وَيَسْقُطُ الطَّلَبُ بِإِيلاَجِ الحَشَفَةِ، وَإِذَا ثَبَتَتِ العُنَّةُ؛ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ، أَوْ بِيَمِينِهَا (و) بَعْدَ نُكُولِهِ، ضَرَبْنَا المُدَّةَ سَنَةً (و)؛ لِلامْتِحَانِ، إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ، لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ أَنَّهُ غَيْرُ عِنِّينٍ، لَمْ نُطَالِبْهُ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالوَطْءِ، وَمُدَّةُ العَبْدِ كَمُدَّةِ الحُرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ ٱعْتِزَالٍ مِنْهَا إِيَّاهُ قَصْداً، رَفَعَتِ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي؛ لِيَفْسَخَ القَاضِي النِّكَاحَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الفَسْخِ عَلَى الفَوْرِ؛ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي.

وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ، فَفِي ٱحْتِسَابِ المُدَّةِ وَجْهَانِ، وَهَذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ، فَإِنْ رَضِيَتْ، فَلاَ ٱعْتِرَاضَ لِلوَلِيِّ[1]، وَلاَ رُجُوعَ لَهَا إِلَى الفَسْخِ؛ بِخِلاَفِ الإِيلاَءِ.

وَإِنْ فَسَخَتْ فِي أَثْنَاءِ المُدَّةِ، لَمْ يَنْفُذْ، وَإِنْ أَجَازَتْ، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ رَضِيَتْ فَطَلَّقَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعُدْ حَقُّهَا، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ وَطِئَهَا فِي النِّكَاحِ الأَوَّلِ، وَعُنَّ عَنْهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي، فَلَهَا الخِيَارُ، وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الإِصَابَةِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِصَابَةِ، إِلاَّ فِي مَوْضِعَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا): فِي مُدَّةِ العُنَّةِ وَالإِيلاَءِ؛ فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ؛ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى الوَطْءِ، فَإِنْ أَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَى البَكَارَةِ، رَجَعْنَا إِلَىٰ تَصْدِيقِهَا بِاليَمِينِ (و).

(الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ المَسِيسِ، وَلِي كَمَالُ المَهْرِ، فَأَنْكَرَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلاَّ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ مُحْتَمَلٍ، فَإِنَّا نُثْبِتُ النَّسَبَ، فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا، فَنَجْعَلُ القَوْلَ قَوْلَهَا، إِلاَّ إِذَا لاَعَنَ فَنَرْجِعُ إِلَىٰ تَصْدِيقِهِ؛ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ.

(القِسْمُ الخَامِسُ مِنَ الكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ)، وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ ٱسْتِمْتَاعٍ إِلاَّ ٱلإِتْيَانَ فِي (م) الدُّبُرِ، وَالصَّحِيحُ (و) جَوَازُ العَزْلِ.

وَقِيلَ بِتَحْرِيمِهِ فِي الحُرَّةِ دُونَ الأَمَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا.

وَلاَ خِلاَفَ فِي جَوَازِهِ فِي السُّرِّيَّةِ.

ثُمَّ الإِتْيَانُ فِي الدُّبُرِ فِي مَعْنَى الوَطْءِ فِي جَمِيعِ الأَحْكَامِ، إِلاَّ فِي التَّحْلِيلِ (و) وَالإِحْصَانِ.

وَٱخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ المُسَمَّىٰ وَوُجُوبِ الحَدِّ، وَفِي ٱسْتِنْطَاقِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي وُجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ؛ وَكَذَا فِي العِدَّةِ (و) وَتَحْرِيمِ (و) المُصَاهَرَةِ بِهِ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن رضيت فلا اعتراض للولي» مذكور مرة في فصل العيوب مع ما فيه من الخلاف. [ت]

(الفَصْلُ الثَّاني: في وَطْءِ الأبِ جَارِيَةَ الابْنِ)، وهُوَ حَرَامٌ، ولَكِنْ لَهُ شُبْهَةُ وُجُوبِ. (و) الإعْفافِ، فَلاَ يَجبُ عَلَيْهِ الحَدُّ، وَيَجِبُ (و) المَهْرُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الابْنِ بالمُصاهَرَةِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ، وَيَنْعَقِدُ الوَلَدُ عَلَى الحُرِّيَّةِ، وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةَ الأبِ، عَلَى القَوْلِ المَنْصُوصِ، وَيُقَدَّرُ ٱنْتِقالُ المِلْكِ إلَيْهِ مَعَ العُلُوقِ؛ حَتَّىٰ يَنْتَفي (و) قِيمَةُ الوَلَدِ؛ عَلَىٰ أظهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ يَسْقُطُ (ح) المَهْرُ أَصْلاً. فَإنْ كَانَتِ الجَارِيَةُ مَوْطُوءَةَ ٱلابْنِ، مَلَكَهَا الأبُ بِٱلاسْتِيلاَءِ (و)، وَلَكِنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا؛ لأنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِوَطْءِ ٱلابْنِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في إعْفَافِ الأبِ)، وَيَجِبُ عَلَى (وح) أَشْهَرِ القَوْلَيْنِ أَنْ يُعِفَّ أَبَاهُ الفَاقِدَ لِلْمَهرِ المُحْتَاجَ إلى النِّكَاحِ، والجَدِّ، وَإنْ عَلاَ، فَهُوَ في مَعْنَى الأبِ، فَإنِ ٱجْتَمَعَ جَدَّانِ في رُتْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَمْ يَقْدِرْ إلاَّ عَلَىٰ إعْفافِ أَحَدِهِمَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ وَجْهٍ، وَعَيَّنَ القَاضِي أَحَدَهُمَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَمَهْمَا أَظْهَرَ الرَّغْبَةَ في النِّكَاحِ، صُدِّقَ بِغَيْرِ يَمِينٍ، لَكِنْ لاَ يَحِلُّ لَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَىٰ طَلَبُ ذَلِكَ إلاَّ إذَا صَدَقَتْ شَهْوَتُهُ؛ بِحَيْثُ يَخافُ العَنَتَ أَوْ يَشُقُّ المُصَابَرَةُ عَلَيْهِ، وَيَحْصُلُ الإعْفافُ بِأَنْ يُزَوِّجَ مِنْهُ مُسْلِمَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً، أَوْ يُمَلِّكَهُ جارِيَةً، أَوْ يسَلِّمَ ثَمَنَهَا إلَيْهِ أَوْ مَهْرَ ٱمْرَأَةٍ، وَلَيْسَ لِلأَبِ تَعْيينُ ٱمْرَأَةٍ رَفِيعَةِ المَهْرِ، وَإذَا تَعَيَّنَ المَهْرُ، فتَعْيينُ الزَّوْجَةِ إلَى الأبِ، وَلَوْ مَاتَتْ، فَعَلَيْهِ التَّجْدِيدُ، وَإنْ فَسَخَ النِّكَاحَ بِعَيْبِهَا، أَوِ ٱنْفَسَخَ، وَجَبَ التَّجْدِيدُ (و)، وَإنْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عُذْرٍ، لَمْ يجبِ (و) التَّجْدِيدُ، وَإنْ كَانَ بِعُذْرٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ جارِيَةَ ٱلابْنِ، فَإنْ مَلَكَ ٱلابْنُ زَوْجَتَهُ، لَمْ يَنْفَسِخِ (و) النِّكَاحُ مَا لَمْ يَحْصُلْ للأبِ وَلَدٌ في مِلْكِ ٱلابْنِ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ جارِيَةَ نَفْسِهِ، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ، ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ مُكَاتَبَةٍ، وَلَوْ مَلَكَ المُكَاتَبُ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ، فَفي ٱلانْفِسَاخِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في تَزْوِيجِ الإمَاءِ)، وللسَّيِّد أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا نَهاراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهَا إلَى الزَّوْجِ لَيْلاً، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُبَوِّىءَ لَهَا بَيْتاً في دَارِهِ، أَمْ للزَّوجِ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا لَيْلاً؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإنْ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَكَانَتْ مُحْتَرِفَةً، وَأَمْكَنَهَا ذَلِكَ في يَدِ الزَّوْجِ، فَهَلْ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا نَهَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ المُسَافَرَةَ بِهَا، لَكِنْ لاَ يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنَ الخُرُوجِ، لِيَصْحَبَهَا لَيْلاً، وَإذَا لَمْ يُسَلِّمْهَا إلاَّ بِاللَّيْلِ، فَالوَاجِبُ شَطْرُ النَّفَقَةِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ أَصْلاً.

وَقِيلَ: يَجبُ الجَمِيعُ.

وَمَهْمَا سَافَرَ بِهَا السَّيِّد، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَأَمَّا المَهْرُ، فَإنَّما يَجبُ لِلسَّيِّد، فَلَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ قَبْلَ المَسِيس، فَالنَّصُّ سُقُوطُ المَهْرِ، وَلَوْ قَتَلَهَا أَجْنَبِيٌّ، أَوْ قَتَلَتِ الحُرَّةُ نَفْسَهَا، فَفِي السُّقُوطِ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ في أَنَّ المَهْرَ لاَ يَسْقُطُ بِمَوْتِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (و) وَلاَ بِقَتْلِ الأَجْنَبِيِّ الحُرَّةَ، وَإذَا بَاعَ الأَمَةَ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ، وَيُسَلَّمُ المَهْرُ للبَائِعِ؛ لأنَّهُ وَجَبَ بِالعَقْدِ في مِلْكِهِ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا؛ لأجْلِ سَوْقِ الصَّدَاقِ، وَلاَ لِلْمُشْتَرِي أَيْضاً ذَلِكَ؛ فَإنَّهُ لاَ مَهْرَ لَهَا، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ، فَلاَ مَهْرَ، وَلَوْ قَالَ لأمَتِهِ: أَعْتَقْتُكِ عَلَى أن تَنْكِحيني، لَمْ تَعْتِقْ إلاَّ بِالقَبُولِ، ثُمَّ لاَ يَلْزَمُهَا الوَفَاءُ (و) وَعَلَيْهَا

قيمتُهَا(ح م) ، فَإِنْ نكَحَهَا بقِيمَتِهَا الَّتي عَلَيْهَا، وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتْلَفتْ عَبْداً عَلَى رَجُلٍ، فنكَحَها بالقِيمَةِ المَجْهُولَةِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا، أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَني، عَتَقَ بِغَيْرِ قَبُولٍ؛ عَلى الأظهر؛ كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلاَّ تَحْتَجِبي عَنِّي، وَعَلَىٰ أَنْ أُعْطِيَكِ شَيْئاً، وَسَبيلُ السَّيِّدِ الرَّاغِبِ في نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إنْ يَسَّرَ اللهُ بَيْنَنَا نِكَاحاً صَحِيحاً، فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ، ثُمَّ يَنْكِحُهَا، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في تَزْوِيج العَبِيد)، وَالمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ، لازِمَان، ومُتَعَلِّقَانِ بِكَسْبِهِ، وَبالرِّبْحِ مِنْ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفي تَعلُّقِهِ بِرَأْسِ المَالِ وَجْهَانِ، وَالقَوْلُ الجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّد لاَ يَكُونُ ضَامِناً لِلمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الإذْنِ، لِكنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمكِّنَهُ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ المَهْرَ مِنَ الكَسْبَ وَالنَّفَقةِ، فَإِنِ اسْتَخْدَمَهُ يَوْماً، لَزِمَهُ كَمَالُ المَهْرِ وَنَفَقةُ العُمُرِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفي وَجْهٍ يَلْزَمُهُ المَهْرُ و[نَفَقَةُ ذَلِكَ[1]] اليَوْمِ، وَفي وَجْهٍ ثَالِثٍ، وهُوَ الأَصَحُّ؛ لاَ يَلْزَمُهُ إلاَّ أُجْرَةُ المِثْلِ؛ كَمَا في الأَجْنبي.

(فَرْعٌ) إذَا اشْتَرَتِ الحُرَّةُ زَوْجَهَا، أَوْ اتَّهَبَتْ قَبْلَ المَسِيس، سَقَطَ نِصْفُ المَهْرِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَجَميعُهُ عَلَىٰ قَوْلٍ، وإِنِ اشْتَرَتْهُ بالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَهُ السَّيِّدُ، لَمْ يَصِحَّ (و) الشِّرَاءُ، إنْ فَرَّعْنَا عَلَىٰ سُقُوطِ جَمِيعِ المَهْرِ؛ لأَنَّ تَصْحِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ إِبْطَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ العوضُ بِحُكْمِ الفَسْخِ، عَرِيَ البَيْعُ عن العِوَضِ، وَإِنِ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ المَسِيس، وَقُلْنَا: إنَّ طَرَيَانَ المِلْكِ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرِىء ذِمَّتَهُ عَنْ دَيْنِ السَّيِّد المُتَمَلِّك، لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ أَيضاً[2]؛ لأَنَّ العَبْدَ إذا بَرِىءَ؛ بَرِىءَ السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الكَفِيلُ (و) فَيُعَرَّىٰ[3] عَنِ العِوَضِ، وَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ الطَّارِىءُ لاَ يُسْقِطُ الدَّيْنَ، صَحَّ الشِّرَاءُ.

وَلِلدَّوْرِ الحُكْمِيِّ نَظَائِرُ: (إِحْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أَمَتُهُ ثُلُثَ مَالِهِ، فَأَعْتَقَهَا، وَنَكَحهَا، وَمَاتَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ المَهْرِ؛ لأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بالتَّرِكَةِ، وَيُبْطِلُ العِتْقَ والنِّكَاحَ.

(الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ المَرِيضُ أَمَتَهُ عَبْداً، وَقَبَضَ صَدَاقَهَا، وَأَتْلَفَهُ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا[4] فَلاَ خِيَارَ لَهَا؛ إِذْ لَوْ فَسَخَتْ، لارْتَدَّ المَهْرُ، وَلَمَا خَرَجَتْ عَنِ الثُّلُثُ، فَيَبْطُلُ العِتْقُ وَالخِيَارُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ، وَخَلَّفَ أَخاً وَعَبْدَيْنِ، فَأَعْتَقَهُمَا، فَشَهِدا؛ بِأَنَّ لِلمَيِّت ابْناً مِنْ زَوْجَتِهِ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ، دُونَ المِيرَاثِ؛ لأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الابْن، أَبْطَلَ العِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِابْنِهِ، فَمَاتَ، وَخَلَّفَ أَخاً[5]، فَقَبِلَ الوَصِيَّةَ، عَتَقَ الابْنُ، وَلَمْ يرِثْ لأَنَّهُ

---

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي «وإن اشتراه بالصداق بعد المسيس وقلنا. إن طريان الملك على الرقيق يبرىء ذمته عن دَيْن السيد المتملك لم يصح الشراء أيضاً»، هذا وجه والأظهر الصحة. [ت]

(٣) من ب: فيعرى البيع.

(٤) قال الرافعي: «إذا زوج المريض أمته عبداً، وقبض صداقها، وأتلفه، ثم أعتقها» لا يشترط في صورة المسألة وقوع التزويج: والإتلاف في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإعتاق في المرض. [ت]

(٥) قال الرافعي: «لو أوصى له بابنه فمات وخلف أخاً» المسألة مذكورة مرَّة في «الوصايا» آخر الباب الأول. =

لَوْ ورثَ، لَحَجَبَ الأَخَ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

(الخَامِسَةُ): لَوِ ٱشْتَرَى المَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ[1]، وَلَمْ يَرِثْ؛ كَيْلَا يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ، فَيَبْطُل.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: في النِّزَاعِ)، وَدَعْوَىٰ الرَّجُلِ الزَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَىٰ؛ لأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا المَهْرَ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَفِيهِ خِلَافٌ[2]، لأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَلَّقَ حُقُوقٍ لَهَا.

ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الزَّوْجُ، أَقَامَتِ البَيِّنَةَ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْكَارُهُ طَلَاقٌ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَلَا مَعْنَىٰ لِلبَيِّنَةِ، وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى ٱبْنَتَيْهِ، وَمَاتَ، وَعَيَّنَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُمَا، وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: أَنَا المُتَزَوِّجَةُ، فَالمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ، وَالثَّانِيَةُ تَدَّعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ، فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجُ لَا خُصُومَةَ مَعَهَا، إِنَّمَا الدَّعْوَىٰ عَلَى الأُخْرَىٰ، وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النِّكَاحِ، وَآخَرُونَ عَلَى الإِصَابَةِ، وَآخَرُونَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالزَّوْجُ مُنْكِرٌ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقُلْنَا: يَجِبُ الغُرْمُ بِالرُّجُوعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَىٰ شُهُودِ النِّكَاحِ وَشُهُودِ الإِصَابَةِ[3] في النِّكَاحِ، لَا عَلَىٰ شُهُودِ الطَّلَاقِ؛ فَإِنَّهُمْ وَافَقُوا الزَّوْجَ في إِنْكَارِهِ، لَكِنَّ الأَصَحَّ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا، لَا يَغْرَمُونَ؛ لأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقّاً في مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا؛ بِخِلَافِ شُهُودِ المَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ ما خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، كَانَ غُرْمُ الزِّيَادَةِ خَارِجاً؛ عَلَىٰ قَوْلَي الغُرْمِ بِالحَيْلُولَةِ في شُهُودِ المَالِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِذَا ٱدَّعَتِ ٱمْرَأَةٌ مَحْرَمِيَّةً أَوْ رِضَاعاً بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلاَّ إِذَا ذَكَرَتْ عُذْراً لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً، قُبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالأَصَحُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ مَجْنُوناً، أَوْ مَحْجُوراً عِنْدَ العَقْدِ، فَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنِ ٱدَّعَى الصِّبَا، أَوْ عُهِدَ لَهُ الجُنُونُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ في وَجْهٍ[4]، وَقَوْلُ الزَّوْجِ، في الوَجْهِ الثَّانِي؛ لأَنَّهُ ٱعْتَرَفَ الوَلِيُّ بِالعَقْدِ، فَيُحْمَلُ عَلَى الصِّحَّةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ الوَلِيُّ بَعْدَ التَّوْكِيلِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ ٱدَّعَىٰ أَنَّ الوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الإِحْرَامِ، فَالنَّصُّ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

= [ت]

(١) قال الرافعي: «ولو اشترى المريض أباه عتق» هذا القدر قد مر في «الوصية» ويأتي في «العتق» أيضاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما دعواها مجرد الزوجية ففيه خلاف» المسألة معادة مع زيادات في الدعاوى والبينات وذلك الموضع أحق بها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإنما يجب على شهود النكاح وشهود الإصابة إلى آخره» قد يشعر بتخصيص الغرم بشهود الإصابة، لكن أحداً لم يخصص الغرم على شهود الإصابة، بل من لم يوجب على شهود النكاح لم يوجب على شهود الإصابة، فليحمل على أنه لو كان غرم لكان على هذين الصنفين، لكن الأصح أنه لا غرم على شهود النكاح، وشهود الإصابة يلتحقون بهم، فيخرج منه ترجيح الوجه الصائر إلى أنه لا غرم على واحد منهم، والذين أوردوا المسألة أكثرهم يرجح وجوب الغرم على شهود النكاح والإصابة. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى الصبا، أو عهد له جنون، فالقول قوله في وجه قيل: هما قولان مخرجان. [ت]

كِتَابُ الصَّدَاقِ[1]

وَفيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ:

---

(١) الصَّدَاقُ بفتح الصاد وكسرها: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود، سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأَصْلُ في إيجاب المهر.

ويقال له أيضاً مهر؛ ونحلة، وفريضة، وأجر، وعُقر.

قال سيدنا عمر رضي الله عنه «لها عُقْر نسَائها».

ومنه قولهم: «الوطء لا يخلو عن عَقْر أو عَقر» وعليقة: قال عليه الصلاة والسلام: أَدُّوا العَلَائق. قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى به الأَهْلُونَ.

وَحِباء، ونكاح: قال تعالى: ﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً﴾.

وطول: قال تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً﴾

وخرس قال العلامة القليوبي:

أسمـــاء مهـــر مـــع ثـــلاث عشـــر ... مهـــر صَـــدَاق طـــوْل خُـــرْس أجـــر

عَطِيَّـــة حِبَـــاء عَـــلَائـــق نَحْلَـــةٌ ... فـــريضـــة نكَـــاح صَـــدُقـــة عُقْـــر

وكلها مذكورة في الكتاب والسُّنة.

وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد، والمهر: ما وجب بغير ذلك. واصطلاحاً:

عَرَّفه الحنفيَّة بأنه: هو المَالُ الواجب من عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عَرَّفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بُضعٍ قهراً.

عرَّفه المالكية بأنه: ما يعطى للزَّوْجَة في مقابلة الاستمتاع بها.

عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه: العوض في النكاح، سواء سمي في العقد، أو فرض برة بتراضيهما، أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.

ينظر: شرح المحلى: ٣/ ٢٧٥، حاشية الدسوقي: ٢/ ٢٩٣، كشاف القناع: ٥/ ١٢٨. حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٢٩.

الدليل على مشروعيته: الكتاب، والسّنة، والإجماع. قال تعالى: ﴿وآتوا النِّسَاء صَدُقَاتهن نحلة﴾ أي عطية من الله مبتدأة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر، فكأنها تأخذ الصَّدَاق من غير مقابل.

وقيل: نحلة تديناً، من قولهم فلان ينتحل بكذا أي يَتَدَيَّنُ.

وأخبار كقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لمريد التزويج «التمس ولو خَاتماً من حديد» رواه الشيخان.

والحكمة في مشروعيته حصول الرغبة والأُلْفَة والمحبة بين الزوجين، وإشعار المرأة بميزة الرجل عليها، وقد تستعين به على تجهيز نفسها، كما هو مُشَاهد الآن».

ووجب عليه؛ لأنه أقوى منها، وأكثر كَسْباً؛ قال تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فَضّل الله به بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم﴾ ولأنه رب الأسرة وإليه تنسب.

وهل المهر عوض أو تكرمة وفضيلة للزوج؟.

قولان حكاهما المرعشي: الأول نظر إلى الظاهر من كونه في مقابلة منفعة البضع، والثاني: نظر إلى=

اَلْبَابُ الأَوَّلُ:

في الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ، وَحُكْمِهِ في الضَّمَانِ والتَّسْلِيم والتَّقْرِير (الأَوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ)، وَهُوَ مَضْمُونٌ في يَد الزَّوْجِ ضَمَانَ العَقْدِ، ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ في ٱلاسْتِبْدَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفي التَّلَفِ وَالتَّعَيُّب وَفَوَاتِ المَنَافِعِ وَتَفْويتِها حُكْمُ المَبيعِ قَبْلَ القَبْضِ؛ فَلاَ مَعْنَىٰ لتَكْثير الكَلاَمِ بالتَّفْرِيعِ عَلَى القَوْلَيْنِ؛ فَإِنَّ الصَحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ، وَلِذَلِكَ يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لاَ يَفْسُدُ النِّكَاحُ (م ز) بِفَسَادِهِ؛ لأَنَّ إِخْلاَءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ لا يُفْسِدُهُ، لأَنَّهُ يُثْبِتُ شَرْعاً في المُفَوَّضَةِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ[1] (و)، فَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ في التَّعْيِينِ؛ وَالتَّقْدِيرِ، فَلا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَنْ ذَكَرَ حُرّاً أَوْ خَمْراً أَوْ خنزيراً، صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَيُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَعَلى قَوْلٍ آخَرَ يَلْغُو تَعْيينُهُ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَى قِيمَتِهِ (ح)، إِذْ يُعْتَبَرُ الذِّكْرُ في تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرْ في التَّعْيِينِ، فَيُقَدَّرُ الحُرُّ عَبْداً، وَالخَمْرُ عَصِيراً (و)، وَالخِنزيرُ (و) شَاةً.

(الحُكْمُ الثَّانِي: في التَّسْلِيم)، والبُدَاءَةُ بتَسْلِيم الصَّدَاقِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ لاَ بُدَاءَةَ، بَلْ يُجْبَرَانِ مَعاً؛ بِأَنْ يُسَلِّمَ الصَّدَاقُ إِلَىٰ عَدْلٍ؛ حَتَّىٰ إِذَا مَكَّنَت، سُلِّمَ إِلَيْهَا. وَعَلَىٰ قَوْلٍ ثَالِثٍ لاَ يُجْبَرَانِ، بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ المُعَوَّض.

فَإِنْ قُلْنَا: البُدَاءَةُ بالصَّدَاقِ، فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجبُ، إِذَا كَانَتْ مُهَيَّأَةً لِلاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَحْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُذْرٍ آخَرَ، لَمْ يَلْزَمْ تَسْلِيمُ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً، فَفِي وُجُوبِ تَسْلِيمِ المَهْرِ قَوْلاَنِ؛ كَمَا في النَّفَقَةِ، ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ، كَانَ لَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَأْهَا عَلَى قَوْلٍ نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الامْتِنَاعِ سَقَطَ طَلَبُهَا إِلاَّ إِذَا وَطِئَهَا؛ فَإِنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوَطْأَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ (و ح) لَهَا بَعْدَ الوَطْءِ حَبْسُ نَفْسِهَا؛ لأَجْلِ الصَّدَاقِ؛ إِذْ بَطَلَ [ح][2] حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءٍ وَاحِدٍ[3]، أَمَّا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ،

= الباطن من كونها تستمتع به كما يستمتع بها.

هذا وقد كان أولياء الأمور في الجاهلية يأخذون مهور النساء، ولا يعطونها شيئاً ظلماً وعدواناً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿**وآتو النِّسَاء صَدُقَاتهن نحلة**﴾ أي أعطوهن مُهُورهن إعْطَاءَ حتماً فريضة لهن من الله، ولا تأخذوا من مهورهن شيئاً إلا عن طيب نفس منهن ﴿فإن طِبْنَ لكم عن شيء منه نَفْساً فكلوه هَنِيئاً مريئاً﴾.

والمخاطب بإيتاء المهور إلى النساء الأَزْوَاجُ عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل: الأولياء.

(١) قال الرافعي: «في المفوضة» على الصَّحيح أي من القولين.[ت]

وقال أيضاً: «لأنه ثبت شرعاً في المفوضة على الصحيح» أي بالعقد، والأكثرون على أن المرجع خلافه. . .[ت]

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «وليس لها بعد الوطء حبس نفسها لأجل الصداق؛ إذ بطل حقها بالتمكين من وطء واحد» لو طرح هذا التوجيه لجاز؛ لأنه غير مفيد، فإن من يقول لها الحبس بعد الوطء لا يسلم بطلان حق الحبس=

وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ، فَلَهُ ٱلاسْتِرْدَادُ، إِذَا ٱمْتَنَعَتْ، وإِنْ قُلْنَا: لاَ يُجْبَرُ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالمُبَادَرَةِ، فَلَيْسَ لَهُ ٱلاسْتِرْدَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُمْهِلَهَا رَيْثَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنَظُّفِ وَٱلاسْتِحْدَادِ، وَأَقْصَى المُهْلَةِ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ، وَلاَ يُمْهِلُهَا لأَجْلِ تَهْيِئَةِ الْجِهَازِ وَأَغْرَاضٍ أُخَرَ سِوَى التَّنَظُّفِ، وَلاَ يُمْهِلُ لأَجْلِ الحَيْضِ، فَإِنَّ لَهُ ٱلاسْتِمْتَاعَ بِمَا فَوْقَ الإِزَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لاَ تُطِيقُ الجِمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً، وَجَبَ الإِمْهَالُ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ: التَّقْرِيرُ)، وَلاَ يَتَقَرَّرُ كَمَالُ المَهْرِ إِلاَّ بِالوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلاَ يَتَقَرَّرُ بالخَلْوَةِ(ح)؛ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي في الصَّدَاقِ الفَاسِدِ)

وَلِفَسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِك:

(الأَوَّلُ): أَلا يَقْبَلَ المِلْكَ؛ كَالحُرِّ، وَالخَمْرِ، وَالْخِنْزِيرِ، وَالغَصْبِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ (ح) المِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِلَىٰ قِيمَةِ (ح) المَذْكُورِ عَلَىٰ قَوْلٍ.

(الثَّانِي: الشَّرْطُ)، وَلاَ يَفْسُدُ (و) النِّكَاحُ بِشَرْطٍ لاَ يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ أَلا يَتَسَرَّىٰ عَلَيْهَا، أَوْ لاَ يَمْنَعَهَا مِنَ الخُرُوجِ، أَوْ لاَ يَجْمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ضَرَّاتِهَا في مَسْكَنٍ أَوْ لاَ يَقْسِمَ [لَهَا][1]، أَوْ لاَ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، وَيَفْسُدُ بِكُلِّ ما يُخِلُّ بِمَقْصُودِهِ؛ كَشَرْطِ الطَّلاَقِ، وَتَرْكِ الوَطْءِ[2]، إِلاَّ عَلَىٰ وَجْهٍ (ز) بَعِيدٍ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ بالشُّرُوطِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّ المَشْرُوطَ كَالعِوَضِ المُضَافِ إِلَى الصَّدَاقِ، وَيَتَعَذَّرُ الرُّجُوعُ إِلىٰ قِيمَةِ المَشْرُوطِ، فَيَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ شُرِطَ الخِيَارُ في الصَّدَاقِ، ثَبَتَ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَفَسَدَ في نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَىٰ أَنَّ لأَبِيهَا أَلْفاً، فَسَدَ (م) الصَّدَاقُ؛ لأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الأَبِ ٱسْتِحْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بأَلْفٍ [عَلَىٰ][3] أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفاً، صَحَّ الصَّدَاقُ، وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بأَلْفَيْنِ، أُعْطِي أَبَاهَا أَلْفاً بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضاً فَاسِدٌ لأَنَّ اللَّفْظَ لا يُنْبِىءُ عَنِ الوِكَالَةِ في الأَدَاءِ، بَلْ عَنْ شَرْطِ الإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

(الثَّالِثُ: تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ)، فَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْداً يُسَاوِي أَلْفَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ أَلْفاً، فَنِصْفُ العَبْدِ مَبِيعٌ، ونِصْفُهُ صَدَاقٌ، وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ، وَفِي جَمْعِهِمَا في صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلاَنِ، فَإِنْ

= بالوطء. [ت]

(١) في ب: عليها.

(٢) قال الرافعي: «ويفسد بكل ما يخل بمقصود كشرط الطلاق وترك الوطء» المسألتان مذكورتان «في فصل التحليل»، ويستوي فيه كل فراق لا حاجة إليه. [ت]

(٣) في أ: وعلى

صَحَّحْنَاهُمَا، فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ، أَوِ المَبِيعِ بالرَّدِّ بالعَيْبِ، جَازَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ العَبْدِ المَبِيعِ، وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَىٰ صَدَاقٍ وَاحِدٍ، فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الخُلْعِ نَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوِ ٱشْتَرَىٰ عَبِيداً مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٌ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَالبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدَهُ عَلَىٰ عِوَضٍ وَاحِدٍ، صَحَّتِ الكِتَابَةُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ العِتْقِ، وَقِيلَ: بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ (م) فِي الجَمِيعِ، لَكِنَّهُ لاَ خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ العَبْدَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الأَلْفِ، إِذَا وُزِّعَ عَلَىٰ قِيمَتِهِ، وَعَلَىٰ قِيمَةِ عَبْدِ فُلَانٍ، لَمْ يَصِحَّ البَيْعُ.

(التَّفْرِيعُ): إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ، وُزِّعَ عَلَىٰ مُهُورِ أَمْثَالِهِنَّ.

وَقِيلَ: عَلَىٰ عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وإِنْ قَضَيْنَا بِالفَسَادِ، رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلىٰ مَهْرِ المِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وإِلَىٰ قِيمَةِ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ لأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولاً، لاَ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ المِثْلِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَضَمَّنَ إِثْبَاتُ الصَّدَاقِ رَفْعَهُ؛ كَمَا إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا، فَيَفْسُدُ النِّكَاحُ؛ لأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ، وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا، لانْفَسَخَ، أَمَّا إِذَا زَوَّجَ مِنِ ٱبْنِهِ ٱمْرَأَةً، وَأَصْدَقَهَا أُمَّ ٱبْنِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لأَنَّهَا لاَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا، مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ، لَعَتَقَتْ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

(الخَامِسُ): أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ ٱبْنِهِ بِأَكْثَرَ مِنَ مَهْرِ المِثْلِ، أَوْ ٱبْنَتِهِ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، فَيَفْسُدَ الصَّدَاقُ (ح م)، وَفِي [صِحَّةِ][1] النِّكَاحِ قَوْلَانِ؛ وَوَجْهُ الفَسَادِ أَنَّ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ دُونَ رِضَاهُمْ، وَمَا قَنِعُوا بِهِ بَعِيدٌ، وَلَوْ [أَصْدَقَ زَوْجَةَ ابْنِهِ][2] أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَكِنْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، جَازَ (و) وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ ٱلابْنِ ضِمْناً.

(فَرْعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى ذِكْرِ ٱلْفَيْنِ فِي العَقْدِ ظَاهِراً، وَعَلَىٰ ٱلاكْتِفَاءِ بِأَلْفٍ بَاطِناً، فَٱلْوَاجِبُ مَهْرُ السِّرِّ أَوِ العَلَانِيَةِ (ح)؟ فِيهِ قَوْلَانِ[3]، مَأْخَذُهُمَا أَنَّ العِبْرَةَ بِٱلاصْطِلَاحِ الخَاصِّ، أَوِ العَامِّ.

(السَّادِسُ): أَنْ يُخَالِفَ الأَمْرَ، فَإِذَا قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ، فَزَوَّجَهَا الوَلِيُّ (ز)، أَوْ وَكِيلُ الوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي مُطْلَقاً، فَزَوَّجَ بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضاً.

---

(١) سقط من ب.
(٢) سقط من أ ب والمثبت من ط.
(٣) قال الرافعي: «فالواجب مهر السّر، أو مهر العلانية فيه قولان إلى آخره» هذا طريق تنزيل النصين المختلفين من المسألة على حالين. [ت]

وَقيلَ: يَصِحُّ وَيرجِعُ إِلىٰ مَهر المِثْلِ.

وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقاً، فَيَحْتَمِلُ التَّصْحِيحَ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَحْتَمِلُ الإِفْسَادَ؛ لأَنَّ مَفْهُومَ المُطْلَقِ ذِكْرُ المَهْرِ عُرْفاً، وَلَوْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي بِمَا شَاءَ الخَاطِبُ، فَزَوَّجَ، فَهُوَ مَجْهُولٌ، وَالوَاجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَلَوْ عَرفَ مَا شَاءَ الخَاطِبُ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ بِمَا شِئْتَ، صَحَّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ لِخَلَلِ اللَّفْظِ؛ [إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ][1].

(اَلْبَابُ الثَّالِثُ في المُفَوِّضَةِ)

وَنَعْنِي بِالتَّفْوِيضِ إِخلاَءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ بِأَمْرِ مَنْ يَسْتَحِقُّ المَهْرَ؛ كَمَا إِذَا قَالَت البَالِغَةُ: زَوِّجْنِي بِغَيْرِ مَهْرٍ، فَزَوَّجَ، وَنفى المَهْرَ، أَوْ سَكتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِيضُ السَّفِيهَةِ، لاَ يُعْتَبَرُ في إِسْقَاطِ المَهْرِ؛ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ المُفَوِّضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الوَطْءِ مَهْرَ المِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بالعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهَا لاَ تَسْتَحِقُّ الشَّطْرَ (ح) عِنْدَ الطَّلاَقِ، إلاَّ إِذَا جَرَى الفَرْضُ بَعْدَ العَقْدِ، وَلَوْ أَصْدَقَهَا خَمْراً، تَشَطَّرَ مَهْرُ المِثْلِ؛ لأَنَّهُ كَالمَفْرُوضِ، وَمَعْنَى الفَرْضِ تَعْيِينُ الصَّدَاقِ، أَوْ تَقْدِيرُهُ، وَكَانَ الوَاجِبُ بِالعَقْدِ أَوْ بِالمَسِيسِ المُنْتَظِرِ مَهْرَ المِثْلِ، أَوْ مَا تَرَاضَىٰ بِهِ الزَّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لاَ بِعَيْنِهِ، وَلِلمَرْأَةِ عَلَى القَوْلَيْنِ طَلَبُ الفَرْضِ؛ لتَقْرِير الشَّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بالمَسِيسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلفَرْضِ، لا لِتَسْليم المَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ العِلْمُ بِمَهْرِ المِثْلِ عِنْدَ الفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ الأجلِ في المَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ زِيَادَةٍ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، إِذَا كَانَ الفَرْضُ مِنْ جِنْسِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلاَ خِلاَفَ في أَنَّهُ يَجُوزُ تَعْيِينُ عَرَضٍ يُسَاوِي أَضْعَافَ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الفَرْضِ، جَازَ عَلَىٰ قَوْلِ الوُجُوبِ بِالعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنا: يَجِبُ بِالوَطْءِ، خُرِّجَ عَلَى الإبراءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ، وَجَرَىٰ سَبَبُ وُجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ طَلَبِ الفَرْضِ، لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْراً، لَغَا الفَرْضُ، وَلَمْ يُؤَثِّرْ في التَّشْطِيرِ؛ بِخِلاَفِ المَقْرُونِ بِالعَقْدِ، وَلَوِ امْتَنَعَ مِنَ الفَرْضِ، فَرَضَ القَاضِي بنيَابَةٍ قَهْرِيَّةٍ، وَلاَ يَزِيدُ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الأَجْنَبِيُّ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ المَفْرُوضُ؛ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالأَدَاءِ.

وَقِيلَ: لاَ يَصِحُّ فَرْضُ الأَجْنَبِيِّ.

وَمَعْنَىٰ مَهرِ المثل القَدْرُ الَّذِي يرغَبُ بِهِ فِيهَا، وَالأَصْلُ فِيهِ النَّسَبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الأَخَوَاتُ وَالعَمَّاتُ لِلأَب، دُونَ البَنَاتِ وَالأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ العِفَّةُ، وَالجَمَالُ، وَالخُلُقُ، وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتُ بِهِ الرَّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنْ العَشِيرَةِ، لَمْ يَلْزَم البَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنكحْنَ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلٍ، لَمْ يَثْبُتِ الأَجَلُ، بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الألفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ العَشِيرَةَ، دُونَ غَيْرِهِمْ، لَزِمَ ذَلِكَ في العَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَالوَطْءُ في النِّكَاحِ الفَاسِدِ [وَالشُّبهَةِ][2] يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ؛ بِاعْتِبَارِ يَوْمِ

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

الوَطْءِ، لاَ يَوْمِ العَقْدِ، فَإذَا ٱتَّحدَتِ الشُّبْهَةُ، ٱتَّحدَ المَهْرُ، وَإِنْ وَطِىءَ مِراراً، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةٌ، كَوَطَآتِ الزَّانِي المُكْرِهِ، وَجَبَ بِكُلِّ وَطْأَةٍ مَهْرٌ، وَالأَبُ إِذَا وَطِىءَ جَارِيَةَ ٱبْنِهِ مِرَاراً، فَفِي الاكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهُهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الإِعْفَافِ، وَإِذَا وَجَبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطَآتٍ، فَيُعْتَبَرُ عَلَى الأَحْوَالِ.

(البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّشْطِيرِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ: فِي مَحَلِّهِ وَحُكْمِهِ)، وَنَقُولُ: ٱرْتِفَاعُ النِّكَاحِ قَبْلَ المَسِيسِ[1]، لاَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا، يُوجِبُ تَشْطِيرَ الصَّدَاقِ الثَّابِتِ بِتَسْمِيَةٍ مَقْرُونَةٍ بِالعَقْدِ صَحِيحَةٍ أَوْ فَاسِدَةٍ (ح)، أَوْ بفرضٍ صَحِيحٍ بَعْدَ العَقْدِ؛ كَمَا فِي المُفَوِّضَةِ (ح)، وَيَسْتَوِي فيه كُلُّ فِرَاقٍ، وإِنَّمَا يَسْقُطُ جَمِيعُ المَهْرِ قَبْلَ المَسِيسِ بِفَسْخِهَا بِعَيْبِهِ أَوْ فَسْخِهِ بِعَيْبِهَا، وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَرْجِعَ المِلْكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الطَّلاَقِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ؛ حَتَّىٰ لَوْ طَلَّقَهَا عَلَىٰ كَمَالِ المَهْرِ، سُلِّمَ لَهَا، وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، فَيَحْتَمِلُ أَلاَّ يَسْقُط كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ تَلِفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ ٱلانقِلاَبِ إِلَيْهِ، فَفِي الضَّمَانِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ مِنْ وَجْهٍ كالمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهٍ كَالمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الكُلِّ بِالفَسْخِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ؛ لأَنَّ ذَلِك بِحُكْمِ تَرَادِّ الْعِوَضَيْنِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلاَقِ)، وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةٍ مَحْضَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ مَحْضٍ، أَوْ زِيَادَةٍ مِنْ وَجْهٍ، ونُقْصَانٍ مِنْ وَجْهٍ:

(أَمَّا النُّقْصَانُ)؛ كَالتَّعَيُّبِ فِي يَدِهَا، فَيَثْبُتُ لَهُ الخِيَارُ إِنْ شَاءَ، رَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ، قَنِعَ بِنِصْفِ المَعِيبِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ لَهُ الأَرْشَ.

وإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ، فَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ نِصْفُ المَعِيبِ؛ لأَنَّهُ نَقْصٌ مِنْ ضَمَانِهِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِجنَايَةِ جَانٍ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الأَرْشِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سُلِّمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، ٱمْتَنَعَ رُجُوعُهُ إِلاَّ بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَبَتْ، غُرِّمَتْ قِيمَةَ الشَّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجْبِرَ [و][2] عَلَى القَبُولِ، أَمَّا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهٍ، وَنَقَصَ مِنْ وَجْهٍ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ؛ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عَبْداً صَغِيراً، فَكَبِرَ، فَنُقْصَانُهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةً، فَأَرْقَلَتْ، وَنَقَصَتِ الثَّمَرَةُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي الزِّيَادَةِ زِيَادَةُ القِيمَةِ، بَلْ مَا فِيهِ غَرَضٌ مَقْصُودٌ يُثْبِتُ الخِيَارَ، وَالحَمْلُ فِي الجَارِيَةِ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، وَفِي البَهِيمَةِ زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ (و) إِلاَّ إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزِّرَاعَةُ نُقْصَانٌ مَحْضٌ لِلأَرْضِ؛ إِذِ الزَّرْعُ يَبْقَىٰ لَهَا، وَالغِرَاسُ كَذَلِكَ.

---

(١) قال الرافعي: «قوله ارتفاع النكاح قبل المسيس... إلى آخره» ما يفيد المقصود. [ت]

(٢) سقط من ب.

(فُرُوعٌ):

(الأوَّلُ): لَوْ أَصْدَقَهَا نَخْلاً، فَأَثْمَرَتْ، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ، فَلَهَا الثِّمَارُ، وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إلاَّ بِمُسَامَحَةٍ، أَوْ مُوَافَقَةٍ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطعَ الثِّمَارِ، وَلاَ أَنْ يَسْقِيَ وَيَنْتَفِعَ بِنَصِيبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ، وَلاَ أَن يَتْرُكَ السَّقْيَ؛ إِذْ يَتَضَرَّرُ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ المِلْكِ إلى الْجِدَادِ، وَلاَ السَّقْيَ وَلاَ تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجعَ، وَيَقُولَ: إِلَيْكِ الْخِيَرَةُ في السَّقْيِ وَتَرْكِهِ، وَأَنَا لاَ أَسْقِي؛ لأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ السَّقْيِ، وَلاَ يَلْزَمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بالسَّقْيِ، فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَٱلْتَزَمَ السَّقْيَ، لَمْ يَلْزَمْهُ الإجَابَةُ أَيْضاً؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهُ وَعْدٌ، فَرُبَّمَا لا يَفِي بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثِّمَارِ، يَلْزَمُهُ القَبُولُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مِنَّةٌ؛ لِيَنْدَفِعَ العُسْرُ، فَيَشْتَرِكَانِ في الجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلاَفُ (و) فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَت، فَطَلَّقَهَا، وَهُوَ رَضِيعٌ، فَقَالَ: أَرْجِعُ إِلَى النِّصْفِ، وَأَرْضَىٰ أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً، فَإِنَّ هَذَا وَعْدٌ مَحْضٌ، فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى الرُّجُوعِ بالنِّصْفِ، ثُمَّ يَسْقِي مَنْ يَشَاءُ، فَهُوَ تَوَاعُدٌ، فَمَنْ وَعَدَ بِالسَّقْيِ، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ، يَلْزَمُهُ لأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ.

(الثَّانِي): لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلاً، فَوَلَدَتْ، فَلاَ يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: لاَ يُقَابِلُهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُقَابِلُهُ، يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ لاَ يَرْجعُ؛ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِٱلانفِصَالِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ أَصْدَقَهَا حُلِيّاً، فَكَسَرَتْهُ، وَأَعَادَتْهُ صَنعَةً أُخرَىٰ، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهٍ، فَإِنْ أَعَادَتْ تِلْكَ الصَّنْعَة، لَمْ يَرْجِعْ إِلاَّ بِرِضَاهَا؛ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهَا زِيَادَةٌ حَصَلَتْ بِٱخْتِيَارِهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتِهِ مَصُوغاً (م).

وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ مِثْلَ وَزْنِهِ مِنَ التِّبْرِ، وَأُجْرَةَ الصَّنْعَةِ[1].

(الرَّابعُ): لَوْ أَصْدَقَ الذِّمِّيُّ خَمْراً، وَقَبَضَتْ، فَأَسْلَمَا، فَطَلَّقَهَا قَبْلَ المَسِيسِ، وَقَدْ صَارَ خَلاًّ يَرْجِعُ بِنِصْفِ الخَلِّ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَرْجعُ بِشَيْءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ، فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلِفَ الخَلُّ قَبْلَ الطَّلاَقِ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بَدَلُهُ يَوْمَ القَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَاكَ مُتَقَوَّماً، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الخَمْرِ جِلْدُ مَيْتَةٍ، فَدَبَغَتْهُ، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و) مُرَتَّبٌ، وَمَنْعُ الرُّجُوعِ أَظْهَرُ؛ لأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَثَتْ بِٱخْتِيَارِهَا.

(الخَامِسُ): إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ القُرْآنِ، [وَطَلَّقَ (و) قَبْلَ المَسِيس[2]]، عَسُرَ تَعْلِيمُ النِّصْفِ، لأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ، أَوْ نِصْفُ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ؛ عَلَى ٱخْتِلاَفِ القَوْلَيْنِ.

---

(١) قال الرافعي: «له مثل وزنه من التبر وأجرة الصنعة» النظم يشعر بترجيح الأول، وقضية ما سبق فيما إذا تلف جلياً على إنسان في كتاب «الغصب» بترجيح الثاني. [ت]

(٢) سقط من أ.

(قَاعِدَةٌ): مَهمَا أَثبَتْنَا الخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ، فَلاَ مِلْكَ قَبْلَ ٱلاخْتِيَارِ، وَهَذَا الخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الفَوْرِ، بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الخِيَارُ، فَٱمْتَنَعَتْ، حُبِسَ عَنْهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ؛ كَالمَرْهُونِ، وَبَاعَ القَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَفي بِنِصْفِ القِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ لاَ يُشْتَرى النِّصْفُ بِنِصْفه القِيمَةِ الوَاجِبَة، فَيُسَلَّمُ إِلى الزَّوْجِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، ويُمَلَّكُ إِذَا قَضَىٰ لَهُ بِه، وَإِذَا وَجَبَتْ الْقِيمَةُ، فَهِيَ أَقَلُّ قِيمَةٍ مِنْ يَوْمِ الإِصْدَاقِ إِلَىٰ يَوْمِ القَبْضِ، إِلاَّ إِذَا وجد التَّلَفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلاَقِ، فَيُعْتَبرُ يَوْمُ التَّلَفِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّصَرُّفَاتِ المَانِعَةِ لِلرُّجُوعِ)

وَفِيهِ مَسَائِلُ: [إِحْدَاهَا:][1] لَوْ زَالَ مِلْكُهَا بِجِهَةٍ لاَزِمَةٍ؛ كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ، تَعَيَّنَت القِيمَةُ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ، فالمِلْكُ العَائِدُ كالَّذِي لَمْ يَزُلْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لاَزِمٌ، كَرَهْنٍ وَإِجَارَةٍ، تَعَيَّنَتِ القِيمَةُ، فَإِنْ صَبَرَ إِلَىٰ ٱلانفِكَاكِ، فَلَهُ نُصْفُ (و) العَيْنِ، وَلَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَىٰ تَسْلِيمِ القِيمة، لَزِمَهُ القَبُولُ لِمَا عَلَيْهَا مِنَ الغَرَرِ بِفَواتِ العَيْنِ بآفَةٍ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَصْدَقَهَا عَبْداً، فَدَبَّرَتْهُ، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَىٰ إِبْطَالِ التَّدْبِيرِ؛ بِحُكْمِ الرُّجُوعِ؛ لأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ؛ فَهِيَ كَزِيَادَةٍ مُتَّصِلَة.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ.

وقيل: يَرْجِعُ قَطْعاً، وَهُوَ القِيَاسُ.

وَقَدْ ٱخْتَلَفُوا عَلَى النَّصِّ في أَنَّ تَعْلِيقَ العِتْقِ هُوَ كالتَّدْبِيرِ، وَوَصِيَّةُ العَبْدِ بالعِتْقِ، هَلْ هِيَ كَالتَّدْبِيرِ؟ وَأنَّ التَّدْبِير، هَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الوَاهِبِ، وَرَجُوعَ البَائِعِ؟

(الثَّالِثَةُ) لَوْ أَصْدَقَهَا صَيْداً، وَالزَّوْجُ مُحْرِمٌ عِنْدَ الطَّلاَقِ، لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّه مِلْكٌ قَهْرِيٌّ؛ كَالإِرْثِ، ثُمَّ إِنْ غَلَّبْنَا حَقَّ الله تَعَالَىٰ، وَجَبَ الإِرْسَالُ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نِصْفِهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ: في هِبَةِ الصَّدَاقِ مِنَ الزَّوْجِ)

وَذَلِكَ يَنْفُذُ في الدَّيْنِ بِلَفْظِ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ، وَلاَ حَاجَةَ (و) إِلَى القَبُولِ، وَيَنْفُذُ بِلَفْظِ الهِبَةِ، وَيَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَفْظُ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ لاَ يُزِيلُ المِلْكَ في العَيْنِ، وَلَيْسَ لِلوَلِيِّ العَفْوُ عَنْ (و) صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ؛ عَلَى الجَدِيدِ (ح)، وَفِي القَدِيمِ لَهُ (م) ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبراً، وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقِلَّةً، وَجَرَىٰ بَعْدَ الطَّلاَقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوجِ قَبْلَ الطَّلاَقِ، فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ القِيمَةِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالإِبْرَاءِ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَرْجِعَ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً، فَوَهَبَتْ مِنْهُ، فَقَوْلاَنِ، وَأَوْلَىٰ بالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ، جَعَلْنَا الهِبَةَ كَالتَّعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ،

(١) من أ: الأولى.

وَيَجْرِي القَوْلاَنِ في الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الفُسُوخِ بَعْدَ ٱتِّهَابِ المَرْجُوعِ فِيه.

(فَرْعَانِ أَحَدُهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْهِبَةُ لاَ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَفِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ.

(أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ البَاقِيَ، وَتَنْحَصِرُ هِبَتُهَا في نَصِيبِهَا.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيعُ، فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِي، وَرُبُعُ قِيمَةِ الجُمْلَةِ.

(والثَّالِثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيمَةِ الجُمْلَةِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّبْعِيضِ، وإِنْ قُلْنا: الهَبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَعَلَىٰ قَوْلِ ٱنْحَصَرَتِ الهِبَةُ في نَصِيبِه، فَلاَ رُجُوعَ، وَفِي قَولٍ في نَصِيبِها، فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلٍ يَشيعُ، فَلَهُ نِصْفُ البَاقِي.

(الثَّانِي) إِذَا ٱخْتَلَعَتِ المَرْأَةُ قَبلَ المَسِيسِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ مُطْلَقاً، فَفِي قَوْلٍ يُنَزَّلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقىٰ لَهَا، وَعَلَىٰ قَوْلٍ يَشِيعُ، فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَيُبْنى البَاقِي عَلَىٰ تَفْرِيقِ الصَّفقَةِ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في المُتْعَةِ)

وَكُلُّ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ المَسِيسِ لاَ تَسْتَحِقُّ شَطْرَ المَهْرِ، فَتَسْتَحِقُّ (م) المُتْعَةَ، وَإِنِ ٱسْتَحَقَّتْ جَمِيعَ المَهْرِ بِالمَسِيسِ، فَتَسْتَحِقُّ المُتْعَةَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، مَهْمَا طُلِّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلاَقِ [كُلُّ فِرَاقٍ[1]] يُوجِبُ التَّشْطِيرَ، فَإِذَا لَمْ يُشَطِّرِ، ٱقْتَضَى المُتْعَةَ، وَمِقْدَارُها كُلُّ مَا جَازَ (ح ز) أَنْ يُجْعَلَ صَدَاقاً.

وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ القَاضِي لاَئِقاً بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ (و ز) أَو خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحَطَّ عَنْ شَطْرِ المَهْرِ؛ كَمَا يُحَطُّ التَّعْزِيرُ عَنِ الحَدِّ.

(ٱلبَابُ الخَامِسُ فِي التَّنَازُعِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ)

(إِحْدَاهَا): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ المَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ، تَحَالَفَا؛ كَمَا فِي البَيْعِ (ح م)، وَيَجْرِي ذَلِكَ (ح) بَعْدَ ٱنْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَبَعْدَ المَوْتِ، لأَنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٌّ بِنفسِهِ، وَيَحْلِفُ الوَارِثُ النَّافِي عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، وَالمُثْبِتُ عَلَى البَتِّ، وَفَائِدَةُ التَّحَالُفِ ٱنْفِسَاخُ (م) الصَّدَاقِ والرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مَا ٱدَّعَتْهُ أَقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْل، وَلَو ٱدَّعَتِ التَّسْمِيَةَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ أَصْلَ التَّسْمِيَةِ، تَحَالَفَا (و).

وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ المَهْرِ، أَوْ سَكَتَ، وَٱعْتَرَفَ بالنِّكَاحِ، لَمْ يَثْبُتْ بِحَلِفِهَا مَهْرُ المِثْلِ عَلَيْهِ؛ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، بَلْ يَتَحَالَفَانِ؛ وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: «هذا ٱبْني[2]»، لاَ يُوجِبُ (و) مَهرَ المِثْلِ،

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: أبني منها.

وَإِنْ كَانَ ظَاهِراً في الإِقْرَارِ بالوَطْءِ.

(الثَّالِثَةُ:) إِذَا تَنَازَعَ وليُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ في مِقْدَارِ المَهْرِ، تَحَالَفَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ الوَلِيَّ مَقْبُولُ الإِقْرَارِ، فَلاَ بُعْدَ في أَنْ يَحْلِفَ، وَكَذَا الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ والوَكِيلُ؛ عَلَىٰ هَذَا الوَجْهِ، وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ رَجُلٍ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الطِّفْلِ، فَأَنْكَرَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَنَكَلَ، لَمْ يُرَدَّ اليَمِينُ عَلَى الوَلِيِّ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهين، لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَىٰ أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِي، وَيَحْلِفَ.

(الرَّابِعَةُ): لَو ادَّعَتْ أَلْفَيْنِ في عَقْدَيْنِ، جَرَيَا في يَوْمَيْنَ، وَأَقَامَتِ البَيِّنَةَ عَلَيْهِمَا، لَزِمَ، وَقَدَّرْنَا تَخَلُّلَ طَلاَقٍ بَعْدَ المَسِيسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ جَرَيَانَ المُسْقِطِ بإِظْهَارِ طَلاَقٍ قَبْلَ المَسِيس.

(الخَامِسَةُ): إِذَا كَانَ في مِلْكِهِ أَبُوهَا وَأُمُّهَا، فَقَالَ: أَصْدَقْتُك أَبَاك، فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي، تَحَالَفَا عَلَى الأَصَحِّ لأَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ، وَأَصْلُ العَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرُّجُوعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَيُعْتَقُ الأَبُ بِإِقْرَارِهِ، وَوَلاَؤُهُ مَوْقُوفٌ؛ إِذْ لاَ يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا.

(بَابُ الوَلِيمَةِ وَالنَّثْرِ)

والوَلِيمَةُ هِيَ مَأْدُبَةُ العُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ.

وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ.

وفي وَجُوبِ الإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلاَنِ[1]، ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ في الدَّعْوَةِ، مُنْكَرٌ، وَلاَ عَلى حِيطَانِ الدَّارِ صُورَةٌ وَلاَ فُرُشُ حَرِيرٍ، وَلاَ فِي الجَمْعِ مَنْ يُتَأَذَّىٰ بِحُضُورِهِ، وَلاَ بَأْسَ بِصُوَرِ الأَشْجَارِ، وَلاَ بِصُوَرِ الحَيَوانِ، إِذَا كَانَ عَلَى الفُرُشِ، فَأَمَّا عَلَى الثَّوْبِ المَلْبُوسِ وَالسِّتْرِ وَالوِسَادَةِ الكَبِيرَةِ المَنْصُوبَةِ، فَلاَ يَجُوزُ، وَدُخُولُ مِثْلِ هَذَا البَيْتِ حَرَامٌ.

وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ.

وَصَنْعَةُ التَّصْوِيرِ حَرَامٌ إِلاَّ في ثِيَابِ الفُرُشِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ.

وَلاَ يَتْرُكُ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بِعُذْرِ الصَّوْمِ، بَلْ يَحْضُرُ، وَيُمْسِكُ في الفَرْضِ، وَيُفْطِرُ في النَّفْلِ، إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ وَإِذَا دُعِيَ جَمْعٌ، سَقَطَ الفَرْضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ، وَلاَ يُفْتَقَرُ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَىٰ لَفْظِ الإِبَاحَةِ، بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ المُضِيفِ [و][2] بِالإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الأَكْلِ[3]، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ المَطْعُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ المَالِكَ يَرْضَىٰ بِهِ قَطْعاً، وَيَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ، وَالْتِقَاطُهُ؛ فُعِلَ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمِ[4]، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يُثْبِتُ

---

(١) قال الرافعي: «وفي وجوب الإجابة إليها قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ثم يأكل الضيف ملك المضيف بالإباحة وله الرجوع قبل الأكل» هذا وجه، وعند الأكثرين يملكه الضيف، والذي رجح من الخلاف في وقت الملك أنه الوضع بين يديه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فعل بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم» عن عاصم بن سليمان، عن هشام بن عروة، =

= عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا زوّج أو تزوّج نثر تمراً. [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٧/ ٢٨٨) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح، من طريق عاصم بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا زوج أو تزوج نثر تمراً.

قال البيهقي: عاصم بن سليمان بصري رماه عمرو بن علي بالكذب ونسبه إلى وضع الحديث.

وقال ايضاً.

وعن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل، قال: شهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أملاك رجل من أصحابه فجيء بأطباق عليها فاكهة، وسكر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «انتهبوا»، فقالوا: يا رسول الله، أو لم تنهنا عن النُّهْبة؟ قال: «إنما نهيتكم عن نَهْبة العساكر».

قال: فجاذبهم النبي ـ صلّى الله عليه وسلّم ـ وجاذبوه. وتكلم الحافظ أبو بكر البيهقي على الإسنادين، وقال: لا يثبت في هذا الباب شيء، وهذا ينازع في قوله في الكتاب: «فعل ذلك بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم». [ت]

والحديث أخرجه البيهقي (٧/ ٢٨٨) كتاب الصداق: باب ما جاء في النشار في الفرح. وابن الجوزي في الموضوعات (٢/ ٢٦٥ ـ ٢٦٦) من طريق حازم مولى بني هاشم عن لمازة عن ثور بن يزيد عن خالد بن معدان عن معاذ ابن جبل قال: شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أملاك رجل من أصحابه فقال: على الخير والألفة والطائر الميمُون والسعة في الرزق بارك الله لكم دفوا على رأسه فجيء بدف فضرب به وأقبلت الأطباق عليها فاكهة وسكر فنثر عليه فكف الناس أيديهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما لكم لا تنتهبون؟ قالوا: يا رسول الله أو لم تنه عن النهبة؟ قال: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر فأما العرسات فلا، فجاذبهم وجاذبوه.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح فإن حازماً ولمازة مجهولان وقال البيهقي: في اسناده مجاهيل وانقطاع وقد روي باسناد آخر مجهول عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن معاذ بن جبل ولا يثبت في هذا الباب شيء أ.هـ

أما الجهالة فقد عرفناها وهي جهالة حازم ولمازة.

أما الانقطاع وهو بين خالد بن معدان ومعاذ بن جبل فقال العلائي في جامع التحصيل. (ص ـ ١٧١) قال أبو حاتم: لم يصح سماعه من عبادة بن الصامت ولا من معاذ بن جبل بل هو مرسل. أ.هـ

والحديث ذكره الشوكاني في «الفوائد المجموعة» (ص ـ ١٢٥) رقم (١٩) وقال: رواه الطبراني عن معاذ مرفوعاً وفي اسناده مجهولان. وللحديث طريق آخر عن معاذ وهو الطريق الذي أشار إليه البيهقي. أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٢). ومن طريقه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ٢٦٣) من طريق بشر بن ابراهيم الانصاري عن الأوزاعي عن مكحول عن عروة بن الزبير عن عائشة عن معاذ بن جبل به وفيه: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ولم أنهكم عن نهبة الولائم فانتهبوا قال معاذ بن جبل: لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يجررنا ونجرره في ذلك النهاب.

قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح بشر بن ابراهيم هو المتهم به. قال العقيلي: لا يتابع على هذا الحديث وقد روي عن الأوزاعي أحاديث موضوعة لا يتابع عليها، وقال ابن عدي: هو عندي ممن يضع الحديث على الثقات ولذلك قال ابن حبان: كان يضع الحديث على الثقات أ.هـ.

عَلَيْه يَدَهُ، لَمْ يُسْلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَيْلِهِ، وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ؛ كَمَا وَقَعَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ، أُخِذَ مِنْهُ.

= وقال الذهبي في «الميزان» (١/٢١٣): هكذا فليكن الكذب والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/٢٩٣). وعزاه للطبراني في الأوسط وقال: وفي إسناد الأوسط بشر بن ابراهيم وهو وضاع.

وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/٢٦٦) ـ بتحقيقنا. من طريق خالد بن اسماعيل الأنصاري حدثنا مالك بن أنس عن حميد عن أنس بنحو حديث معاذ.

وقال ابن الجوزي: لا يصح، خالد بن اسماعيل يضع الحديث على ثقات المسلمين لا يجوز الاحتجاج به بحال.

وأقره السيوطي في «اللآلىء المصنوعة» (٢/١٦٦)

والحديث بشواهد ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/٢٠٠،٢٠١) وضعف طرقه كلها وقال: وأغرب إمام الحرمين فصححه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: انهما كَانَا لا يريان بأساً بالنهاب في العرسات والولائم وكرهه ابن مسعود وابراهيم وعطاء وعكرمة. أ.هـ

تنبيه: هذا الحديث ذكره الرافعي في «الشرح» من حديث جابر وتبعه جماعة من الفقهاء كالغزالي والإمام والقاضي حسين كما في «التلخيص» (٣/٢٠١) وقال الحافظ: هذا لا نعرفه من حديث جابر.

وقال ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/٢١٢): غريب من حديث جابر معروف من حديث معاذ وأنس واسنادهما ضعيف.

(كِتَابُ القَسْمِ وَالنُّشُوزِ[1]؛ وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلَ: فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ ٱلْقَسْمَ)، وَلاَ يَجِبُ عَلَىٰ مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِتَخْصِينِهَا، وَلاَ يَجِبُ القَسْمُ بَيْنَ المُسْتَوْلَدَاتِ، وَبَيْنَ الإِمَاءِ، وَلاَ بَيْنَهُنَّ، وَبَيْنَ المَنْكُوحَاتِ، لَكِنَّ الأَوْلَى العَدْلُ وَكَفُّ الإِيذَاءِ، وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ، فَإِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، جَازَ، وَإِنْ

---

(١) القَسْمُ بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العَدْل بين الزوجات في المبيت، وهو المراد هنا، ومع فتح السين اليمين (وبكسر القاف) وبكسر القاف مع سكون السين بمعنى الحظ والنصيب، ومع فتح السين جمع قِسْمَة، وقد تطلق على النصب أيضاً

والنشوز من نَشَزَ إذا ارتفع، لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب، فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمَّى ناشزة، والقسم واجب بالكتاب والسُّنة وإجماع الأئمة: قال تعالى: ﴿**فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم**﴾ لما نهى جل شأنه عن الجمع بين اثنتين، أو أكثر عند خوف عدم العدل فيما إذا اجتمعتا أو اجتمعن، علم أن العدل واجب. وقال تعالى: ﴿**وعاشروهن بالمعروف**﴾ ومن عشرتها بالمعروف تأدية حقها، والعدل بينها وبين غيرها في المبيت، وقال تعالى: ﴿**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**﴾ أي أن للزوجات حَقًّا على أزواجهن، كما أن للأزواج حقاً عليهن، وليس المراد تماثلهما، وتجانسهما، وإنما أراد وجوبهما، ولزومهما. وقال تعالى: ﴿**قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم**﴾ ففي هذه الآية إشارة إلى ما أوجبه لها من نفقة وكسوة وقَسْمٍ وقال صلى الله عليه وسلم: «من كان له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقَيه ساقطاً أو مائلاً» رواه الخمسة.

وروي أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما مرض طيف به على نسائه محمولاً، فلما ثقل أشفقن عليه، فحللته من القَسْم ليقسم عند عائشة رضي الله عنها لميله إليها، فتوفي عندها ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلذلك قالت عائشة رضي الله عنها: توفِّي رسول الله صلى الله عليه وسلم بين كري ونحري، وفي يومي ولم أظلم فيه أحداً.

حكمة وجوب القَسْم:

لما أباح الله ـ سبحانه وتعالى ـ للزوج التعدُّد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي، زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة، وما سوّلت لهم نفوسهم الخبيثة أن في هذا ضياعاً لحقّ المرأة، ولحوق الضرر بها، وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم، بل هو دين الظلم والاستعباد، ولبئس ما قالوا، فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم، وضلالتهم، وقلة تدبرهم، وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم «فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور» إذ لو تأملوا ولو قليلاً، لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرأفة، فما أباح التعدد إلا لمصلحة قويمة يعرفها ذوو الذّوق السليم، ولم يترك للظلم أثراً من هذا السبيل، بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبقى للجور مجال.

فالشّارع الحكيم لم يبح تعدُّد الزوجات مطلقاً بل قَرَنَه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿**فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم**﴾ فإنك تفهم من معنى الآية أن الله ــ سبحانه وتعالى ـ حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين، أو أكثر، ومنه يعلم أن العدل واجب.

بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلبَقِيَاتِ، وَتَسْتَحِقُّ المَرِيضَةُ، وَالرَّتْقَاءُ، وَالحَائِضُ، وَالنُّفَسَاءُ، وَالمُحْرِمَةُ، وَالَّتي آلَىٰ مِنْهَا زَوْجُهَا، أَوْ ظَاهَرَ، وَكُلُّ مَنْ بِهَا عُذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبَعِيٌّ، لأَنَّ المَقْصُودَ الأُنْسُ وَالسَّكَنُ دُونَ الوِقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ، فَلاَ تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَىٰ مَنْزِلِهِ، فَأَبَتْ وَاحِدَةٌ، سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً، وَيَدْعُو البَاقِيَاتِ، فَفِي جَوَازِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيصِ، وَالمُسَافَرَةُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ في غَرَضِهِ، فَحَقُّهَا قَائِمٌ، وَتَسْتَحِقُّ القَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ في غَرَضِهَا، لَمْ تَسْتَحِقَّ؛ في القَوْلِ الجَدِيدِ، وَيَجِبُ القَسْمُ عَلَىٰ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَعَلَى الوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالمَجْنُونِ عَلَىٰ نِسَائِهِ، وَيَرْعَى العَدْلَ في القَسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجَنُّ، وَيُفِيقُ، فَلاَ يُخَصِّصُ وَاحِدَةً بِنَوْبَةِ الإِفَاقَةِ، إِنْ كَانَ مَضْبُوطاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَأَفَاقَ في نَوْبَةِ وَاحِدَةٍ، قَضَىٰ لِلأُخْرَىٰ مَا جَرَىٰ في الجُنُونِ لِنُقْصَانِ حَقِّهَا.

(الفَصْلُ الثَّانِي): فِي مَكَانِ الْقَسْمِ وَزَمَانِه:

(أَمَّا المَكَانُ) : فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ في مَسْكَنٍ وَاحِدٍ، إِلاَّ إِذَا ٱنْفَصَلَتِ المَرَافِقُ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَدْعِيهُنَّ إِلَىٰ بَيْتِهِ عَلَى التَّنَاوُبِ.

(وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعِمَادُهُ اللَّيْلُ، وَالنَّهَارُ تَبَعٌ، إِلاَّ في حَقِّ الأَتُّونِيِّ، وَالحَارِسِ؛ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالنَّهَارِ، وَلاَ يَحِلُّ أَنْ يَدْخُلَ في نَوْبَتِهَا عَلَىٰ ضَرَّتِهَا، باللَّيْلِ، إِلاَّ لِمَرِضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالنَّهَارِ، يَجُوزُ لِغَرَضٍ مُهِمٍّ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ.

وَقِيلَ: النَّهَارُ كَاللَّيْلِ (ح).

وَقِيلَ: لاَ حَجْرَ في النَّهَارِ.

وَإِنْ خَرَجَ إِلَىٰ ضَرَّتِهَا بِاللَّيْلِ، وَمَكَثَ، قَضَىٰ مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نَوْبَةِ الأُخْرَىٰ، وَإِنْ لَمْ يمْكُثْ زَمَناً مَحْسُوساً، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْصِي، وَلاَ يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوطِىءَ، فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ؛ في وَجْهٍ، فَلاَ يُعْتَدُّ بِهَا.

وَفِي وَجْهٍ يَقْضِي الجِمَاعَ فَقَطْ.

وَفي وَجْهٍ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ المُدَّةِ، وَلاَ يُكَلَّفُ الوِقَاعَ؛ لأَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ تَحْتَ ٱلاخْتِيَارِ.

(أَمَّا المِقْدَارُ): فَأَقَلُّ القَسْمِ لَيْلَةٌ، وَلاَ يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ؛ لأَنَّهُ يُنَغِّصُ العَيْشَ، وَأَكْثَرُهُ ثَلاَثُ لَيَالٍ.

وَقِيلَ: سَبْعٌ.

وَقِيلَ: لاَ يُقَدَّرُ، بَلْ هُوَ إِلَىٰ ٱلاخْتِيَارِ.

ثُمَّ القُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ به البِدَايَةُ.

وَقِيلَ: هُوَ إِلَىٰ خِيرَتِه؛ لأَنَّهُ مَا لَمْ يَبِتْ عِنْدَ وَاحِدَةٍ، لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِغَيْرِهَا.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّفَاضُل) وَلَهُ سَبَبَانِ:

(الأَوَّلُ: الحُرِّيَّةُ)، فَلِلْحُرَّةِ ثُلُثَا القَسْمِ، وَللأَمَةِ الثُّلُثُ (م) فَلَهَا لَيْلَتَانِ، ولِلأَمَة لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالحُرَّة، فَعَتَقَتْ فِي لَيْلَتِهَا، أَوْ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ لَيْلَةِ الأَمَةِ، ٱلْتَحقَتْ بِالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ، وَٱسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، ٱقْتَصَرَتْ عَلَىٰ مَا مَضَىٰ، وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقَتْ قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، صَارَتْ [كَالحُرَّةِ الأَصْلِيَّة، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا، وَجَبَ تَوْفِيَةُ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ، ثُمَّ يُسَوَّىٰ بَعْدَ ذَلِكَ][١].

(السَّبَبُ الثَّانِي: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ)، وَإِذَا نَكَحَ بِكْراً جَدِيدَةً، بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعاً، وَعِنْدَ الثَّيِّبِ ثَلاَثاً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الحُرَّةُ وَالأَمَةُ؛ لأَنَّ ذَلِكَ لِلإِلْفِ وَالطَّبْعِ، لاَ يَتَغَيَّرُ بِالرِّقِّ؛ كَمُدَّةِ العُنَّةِ، ثُمَّ لاَ يَقْضِي [ح][٢] لِلبَاقِيَاتِ هَذِهِ المُدَّةَ، بَلْ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَذَا حَقُّ الجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيِّب ثَلاَثاً، فَٱلْتَمَسَتْ زِيَادَةً، فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدِ ٱلْتَمَسَتْ أُمُّ سَلَمَةَ[٣] [٤]

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقد التمست أم سلمة» روى الشافعي عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الملك بن أبي بكر عن عبدالرحمن أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تزوج أم سلمة، وقد أصبحت عنده، قال: «ليس بك على أَهْلك هَوَان، إن شئتِ سبَّعتُ عندك، وسبَّعْت عندهنَّ، وإن شئت ثَلّثتُ عندك وَدُرْتُ». قالت: ثَلِّث رواه مسلم مرسلاً وموصولاً عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن يحيى القطّان عن سفيان الثورى، عن محمد بن أبي شيبة، عن يحيى القطّان عن سفيان الثوري، عن محمد بن أبي بكر عن عبدالملك بن أبي بكر عن أبيه، عن أم سلمة.

وقوله: «وقد التمست أم سلمة ذلك» ليس في الروايات تصريح به، لكن روى بعضهم أنه لمّا أراد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يخرج أخذت بثوبه، فقال صلى الله عليه وسلم: إن شئت زدتك وحاسبتك به. [ت]

والحديث أخرجه مالك (٢/ ٥٢٩) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، الحديث (١٤). ومسلم (٢/ ١٠٨٣) كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحق البكر والثيب من إقامة الزوج عندها ـ الحديث (٤٢/ ١٤٦٠). أحمد (٦/ ٢٩٢). والدارمي (٢/ ١٤٤) كتاب النكاح، باب الإقامة عند البكر والثيب إذا بنى بها. وأبو داود (٢/ ٥٩٤) كتاب النكاح، باب المقام عند البكر ـ الحديث (٢١٢٢). وابن ماجه (١/ ٦١٧) كتاب النكاح، باب الإقامة على البكر والثيب، الحديث (١٩١٧). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٨) كتاب النكاح، باب مقدار ما يقيم الرجل عند الثيب أو البكر إذا تزوجها. وأبو يعلى (١٢/ ٤٢٩) رقم (٦٩٩٦). وابن حبان (٤٠٧٣ ـ الاحسان). والدارقطني (٣/ ٢٨٤) كتاب النكاح، باب المهر، الحديث (١٤٣). وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٥). والبيهقي (٧/ ٣٠٠ ٢/ ٣٠). كتاب القسم والنشوز باب الحال التي يختلف فيها حال النساء من حديث أم سلمة.

(٤) قال الرافعي: «أم سلمة» هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية، إحدى أُمَّهات المؤمنين وكانت تحت أبي سلمة عبدالله بن عبد الأسد، وتزوجها رسول الله ـ صلّى الله عليه =

ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتِ، سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ، ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ»، وَكَأَنَّ ٱقْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ ٱقْتِرَاحِهَا، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ في الظُّلْمِ وَالقَضَاءِ)وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ:) أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلاثُ نِسْوَةٍ، فَبَاتَ عِنْدَ ٱثْنَتَيْنِ عِشْرِينَ لَيْلَةً، ٱسْتَحَقَّتِ الثَّالِثَةُ عَشْرَ لَيَالٍ، فَيَقْضِيهَا عَلَى الوَلاَءِ؛ لأَنَّهُ ٱجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، فَلَوْبَاتَ عِنْدَهَا عَشْراً ولاَءً، ظَلَمَ الجَدِيدَةَ فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الجَدِيدَةِ بِثلاثٍ أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ يَبِيتَ عِنْدَهَا ثَلاثَ لَيَالٍ، وَعِنْدَالجَدِيدَةِ لَيْلَةً؛ لأَنَّ حَقَّ الجَدِيدَةِ لَيْلَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا العَاشِرَةَ، ثُمَّ ٱسْتَأْنَفَ القَسْمَ، عَادَ إِلى الجَدِيدَةِ في الخَامِسَةِ، فَسَبِيلُ العَدْلِ أَنْ يَبِيتَ العَاشِرَةَ عِنْدَ المَظْلُومَةِ، وَيَثْبُتُ لِلجَدِيدَةِ بِذَلِكَ ثُلُثُ لَيْلَةٍ فَيَبِيتُ عِنْدَ الجَدِيدَةِ ثُلُثَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ إِلَىٰ بَيْتِ صَدِيقٍ أَوْ مَسْجِدٍ بَقِيَّةَ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ الأُخْرَىٰ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَيَخْرُجُ البَاقِي إِلى المَسْجِد.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتِهَا، فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَ، فَلَيْسَ لِلمَوْهُوبَةِ ٱلامْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتُهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الوَاهِبَةِ، بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً، بَلِ الوَاهِبَةُ كَالمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ، مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ، فلا يُقْضَىٰ، كَمَا فَاتَ مَثَلاً مِنْ ثِمَارِ البُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ المُبِيحِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلاً، وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكُ، وَبَقِيَتِ المَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، قَضَاهَا إِلاَّ إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ في نِكَاحِهِ المَظْلُومَةَ بِهَا، فَيَتَعَذَّرُ القَضَاءُ وَيَبْقَى المَظْلَمَةُ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: في المُسَافرة بِهِنَّ)

كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسفرٍ، أَقْرَعَ[1] (ح) بَيْنَهُنَّ فَٱسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً، ثُمَّ إِذَا

= وسلم ـ بعد وقعة «بدر»، روى عنها عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي بكرة، وابنتها زينب بنت أبي سلمة وتوفيت في ولاية يزيد بن معاوية. [ت]

تنظر ترجمتها في طبقات ابن سعد ٨/ ٨٦ ـ ٩٦، طبقات خليفة ٣٣٤، المعارف ١٢٨، ١٣٦. الجرح والتعديل ٩/ ٤٦٤. تهذيب التهذيب ١٢/ ٤٥٥. شذرات الذهب ١/ ٦٩.

(١) قال الرافعي: «كان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا هَمَّ بسفر أقرع بينهنَّ» روى الشافعي عن عمه محمد بن علي بن شافع عن ابن شهاب عن عُبَيْدِ الله بن عبد الله عن عائشة أنها قالت: «كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها»

وهو مخرج في «الصحيحين» مدرجاً من قصّة الإفك. [ت] =

عَادَ، دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غير (ح) قَضَاءٍ، فَصَارَ سُقُوطُ (ح) القَضَاءِ عَلَىٰ خِلَافِ القِيَاسِ مِنْ رُخَصِ السَّفَرِ، وَلكِنْ بِأَرْبَعِ شَرَائِطَ: أَنْ يُقْرِعَ (ح م) أَوَّلاً، وَأَلاَّ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلاً مُرَخِّصاً؛ لِيَكُونَ فَوْزُهَا في مُقَابَلَةِ تَعَبِهَا، وَأَلاَّ يَعْزِمَ عَلَى الإِقَامَةِ في مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلنُّقْلَةِ، أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ في سَفَرٍ قَصِيرٍ، قَضَىٰ لِلبَاقِيَاتِ[1]، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الإِقَامَةِ في مَقْصِدِهِ، قَضَىٰ أَيَّامَ الإِقَامَةِ، وَهَلْ يَقْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَلْزَمُهُ القَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرَخُّصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّاماً في ٱنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ، ٱبْتَنَى القَضَاءَ عَلَىٰ الخِلَافِ في تَرَخُّصِهِ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْزِمَ عَلَى النُّقْلَةِ، وَيُخَلِّفَ نِسَاءَهُ، وَلَوْ عَزَمَ عَلَىٰ الإِقَامَةِ أَيَّاماً، ثُمَّ أَنْشَأَ سَفَراً آخَرَ، لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوَّلاً، لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ عَلَىٰ أَيَّامِ الرُّجُوعِ، وَأَوْلَىٰ بِوُجُوبِ القَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِٱثْنَتَيْنِ، عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ (ح)، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، قَضَىٰ لَهَا؛ إِمَّا في السَّفَرِ، أَوْ في الحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلِّفَ إِحْدَاهُمَا في بَعْضِ المَنَازِلِ بِالقُرْعَةِ؛ وَلَوْ نَكَحَ في الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، خَصَّهَا بِثَلاَثِ لَيَالٍ، أَوْ سَبْعٍ، ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ، وَنَكَحَ في الطَّرِيقِ جَدِيدَةً، لَمْ يَلْزَمْهُ القَضَاءُ لِلمُخَلَّفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ، وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالقُرْعَةِ، ٱنْدَرَجَ حَقُّ الجَدِيدَةِ في أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ، قَضَىٰ حَقَّ الجَدِيدَةِ المُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلاَثٍ.

وقِيلَ: بَطَلَ أَيْضاً حَقُّهَا، لانقِضَاءِ الوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزِّفَافِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: في الشِّقَاقِ)، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ:

(الأُولَىٰ) أَنْ يَكُونَ النُّشُوزُ مِنْهَا، فَلَهُ الوَعْظُ، أَوْ مُهَاجَرَةُ المَضْجَعِ، أَوِ الضَّرْبُ (و) فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الوَعْظَ لاَ يَنْجَعُ، كَانَ لَهُ البِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَفْضَى الضَّرْبُ إِلَىٰ تَلَفٍ، فَعَلَيْهِ الغُرْمُ؛ بِخِلَافِ الوَلِيِّ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ، لاَ لِحَظِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِزَةً بِالمَنْعِ مِنَ المُسَاكَنَةِ وَٱلاسْتِمْتَاعِ؛ بِحَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَعَبٍ في رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ النُّشُوزِ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الجِمَاعِ مِنَ ٱلاسْتِمْتَاعِ، ٱحْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النَّفَقَةِ بَعْضُهَا؛ كَمَا ذَكَرْنَا في الأَمَةِ، إِذَا سُلِّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ، لَيْلاً وَمُنِعَتْ نَهَاراً.

= والحديث أخرجه البخاري (٥/ ٢١٨) كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها، الحديث (٢٥٩٣) ومسلم (٤/ ٢١٣٠) كتاب التوبة، باب في حديث الإفك الحديث (٥٦/ ٢٧٧٠). والنسائي في الكبرى (٥/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦) كتاب عشرة النساء، باب قرعة الرجل بين نسائه إذا أراد السفر حديث (٨٨٣١) وابن الجارود (٧٢٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعلقمة ابن وقاص وعبيد الله بن عبد الله عن عائشة قالت: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج في سفر أقرع بين أزواجه فأيتهنَّ خرج سهمها خرج بها معه.

(١) قال الرافعي: «أو للتفرج أو عَرَضَ في سفر قصير قضى للباقيات» هذا وجه في السفر القصير، والأرجح عند صاحب «التهذيب» وجماعة أنه كالسفر الطويل في جواز استصحاب بعضهنَّ بالقرعة، وعدم القضاء. [ت].

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ العُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالإِيذَاءِ، فَيُحَالُ بَيْنَهُمَا؛ حَتَّىٰ يَعُودَ إِلَى العَدْلِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُشْكِلَ الأَمْرُ، فَيَبْعَثَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا؛ لِيَنْظُرَا [مَنِ الجَانِي][1]، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ أَنَّهُمَا وَكِيلاَنِ (م)، وَلاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلاَّ بِالإِذْنِ، وَالقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُمَا مُوَلَّيَانِ (ح و) مِنْ جِهَةِ الحَاكِمِ؛ حَتَّىٰ يَنْفُذَ طَلاَقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا؛ وَعَلَىٰ هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُمَا وَهِدَايَتُهُمَا، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱجْتِهَادُهُمَا، وَلاَ كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.

---

(١) سقط من ط.

(كِتَابُ الخُلْعِ[1]، وَفِيهِ أَبْوَابٌ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي حَقِيقَةِ الخُلْعِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في أَثَرِهِ)، وفيه قَوْلَانِ:

الصَّحِيحُ: أَنَّهُ طَلَاقٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ[2] وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ[3] أَجْمَعِينَ،

---

(١) الخلع لُغَةً: النَّزْعُ، وهو استعارةٌ من خَلْعِ اللِّبَاسِ؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكأن كل واحد نزع لباسَهُ منه، وخالعت المرأة زوجها مُخَالَعَةً إذا افتدت منه، وطلَّقَهَا على الفدية.

ينظر: لسان العرب: ٢/ ١٢٣٢، المصباح المنير: ١/ ٢٤٣، المطلع: ٣٣١.

واصطلاحاً:

ـ عرفه الأَحْنَافُ بأنه: عبارة عن أَخْذِ المال بإزاء مِلْكِ النكاح، بلفظ الخلع.

وعرفه الشَّافِعِيَّةُ بأنه: فُرْقَةٌ بين الزَّوْجَين بِعِوَضٍ، بلفظ طَلَاقٍ أو خُلْعٍ.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بِعِوَضٍ.

وعرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: فراق الزوج امْرَأَتَهُ، بِعِوَضٍ، يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة.

أنظر: تبيين الحقائق: ٢/ ٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/ ٢١٠، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٤٢٢، الشرح الصغير للدردير: ٣/ ٣١٩، بداية المجتهد: ٢/ ٩٨، الكافي: ٢/ ٥٩٧، المغني: ٧/ ٥٣٦.

(٢) قال الرافعي: «عثمان: هو عثمان بن عفان بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب أبو عبد الله ويقال: أبو عمرو ثالث الخُلَفَاء الرَّاشدين المشهود لهم بالجَنَّة، استغفر له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ما تقدم وما تأخر من ذنبه، اسْتُخْلِفَ سنة أربع وعشرين غرّة المحرم، وقيل: لخمس وثلاثين لثمان عشرة خلت من ذي الحجة. [ت]

تنظر ترجمته من طبقات ابن سعد ٣/ ٥٣ ـ ٨٤، تاريخ الدوري ٢/ ٣٩٤، تاريخ خليفة وطبقاته ١٠، تاريخ البخاري الكبير: ت (٢١٩١)، تاريخه الصغير ١/ ٥٨ ـ ٧١، القضاة لوكيع ١/ ١١٠. الجرح والتعديل: ت(٨٨٢). الجمع لابن القيسراني ١/ ٣٤٧. المنتظم لابن الجوزي ٦/ ١٣٧، ٢٢١، ٢٢٤، ٣٠٨، الكامل في التاريخ ١/ ٤٦؟ ٢/ ٥٩، أسد الغابة ٣/ ٣٧٦، تهذيب النووي ١/ ٣٢١، والكاشف: ت (٣٧٧٧)، تذكرة الحفاظ ١/ ٨، العبر ١/ ٥، ١٠، ٣٠، تجريد أسماء الصحابة: ت (٤٠٠٤)، غاية النهاية لابن الجزري ١/ ٥٠٧، تهذيب التهذيب ٧/ ١٣٩ ـ ١٤٢، التقريب ٢/ ١٢، الإصابة ت (٥٤٤٨) خلاصة الخزرجي ت (٤٧٧١)، شذرات الذهب ١/ ١٠، ٢٥، ٣٠، ٣٣.

(٣) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم» أما أنه مذهب عمر فلم أجد له اسناداً. وأما أنه مذهب عثمان فقد رواه الشافعي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن مولى الأسمين عن أم بكرة الأَسْلَمِيَّةِ ـ أنها اختلعت من زوجها ثم أتيا عثمان في ذلك، مقال. هي مطلقة قال ابن المنذر: وروي مثله عن علي، وضعف أحمد بن حنبل حديث عثمان، وحديث علي في إسناده فقال: وعن محمد بن إسحاق عن ابن خزيمة أنه قال: لا يثبت عن أحد أنه طلاق. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ٥١ كتاب الطلاق، الباب في الخلع حديث (١٦٥) من طريق مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن حمران مولى الأسلمين عن أم بكر الاسلمية به.

وَمِنَ الفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالمُزَنِيُّ رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِما.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ فَسْخٌ.

فَإِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخاً، فَلَفظُ الخُلْعِ صَرِيحٌ فيهِ؛ لِتَكْرِيرِهِ عَلَىٰ لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفْظُ الفَسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الأَصَحِّ (و).

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، لأَنَّهُ لاَ يُسْتَعْمَلُ في النِّكَاحِ، إلاَّ مَقْرُوناً بِعَيْبٍ أَوْ سبَبٍ.

وفي لَفظِ المُفَادَاةِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ ذُكِرَ مَرَّةً في القُرْآنِ، وَهُوَ كَالخِلافِ فِي لَفْظِ الإِمْسَاكِ للمُرَاجَعَةِ، وَلَفظِ الفَكِّ لِلمُعْتَقِ، وَلَوْ نَوَىٰ بِالخُلْعِ طَلاَقاً عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ، لَمْ يَنْفَذْ؛ لأَنَّهُ وُجِدَ نَفاذاً في مَوْضُوعِهِ صَرِيحاً؛ بِخِلاَفِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ في إِلْزَامِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَىٰ بِهِ الطَّلاَقَ، نَفَذَ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدرَ عَلَى الفَسْخِ بِعَيْبِهَا، فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلاَقَ، نَفَذَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ لَفْظَ الفَسْخِ لاَ يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ قُلْنَا: الخُلْعُ طَلاَقٌ، فَلفظُ الفَسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفي المُفَادَاةِ وَجْهَانِ، وَفي لَفظِ الخُلْعِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً، فَجَرَىٰ دُونَ ذِكْرِ المَالِ، كَانَ كِنَايَةً، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقُهُ ثُبُوتَ المَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهْرَ المِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لا يَقْتَضِيهِ، وَجَعَلْنَاهُ فَسْخاً، لَغَا، وإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلاَقاً، صَارَ طَلاَقاً رَجْعِيّاً، وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إلىٰ قَبُولِهَا؛ لاقْتِضَاءِ لَفْظِ المُخَالَعَةِ القَبُولَ، إلاَّ إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنِ الْتِمَاسَ جَوَابِهَا، أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكِ، وَلَوْ نَوى الرَّجُلُ المَالَ، قِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَنْفُذُ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِنِيَّتِها أَيْضاً.

وَقِيلَ: لاَ أَثَرَ لِنِيَّتِهِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في نِسْبَةِ الخُلْعِ إِلَى المُعَامَلاَتِ)، وَالتَّفْرِيعُ عَلَىٰ أَنَّهُ طَلاَقٌ، فَنَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ، أَوْ طَلَّقْتُكِ عَلىٰ أَلْفٍ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ؛ حَتَّىٰ يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلاَ بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ في المَجْلِس، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ ثَلاَثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثُلُثِ الأَلْفِ، لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قالَ: بِعْتُكَ هَذَا العَبْدَ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: قَبِلْتُ ثُلُثَهُ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلَتِ الوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الأَلْفِ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ.

وَقِيلَ: يَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ أَصْلاً.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ إِلاَّ وَاحِدَةٌ.

أَمَّا إِذَا أَتَىٰ بِصِيغَةِ التَّعْلِيقِ، فَقَالَ: مَتَىٰ مَا أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهَذَا تَعْلِيقٌ مَحضٌ، فَلاَ يَحْتَاجُ (و) إِلَىٰ قَبُولِهَا، وَلاَ إِلَىٰ إِعْطَائِهَا (و) في المَجْلِسِ، وَلاَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي، فَهُوَ كَذَلِكَ، إلاَّ أَنَّهُ يَخْتَصُّ (و) بالإِعْطَاءِ بِالمَجْلِسِ؛ لأَنَّ قَرِينَةَ ذِكْرِ العِوَضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ: «مَتَىٰ مَا»، فَأَمَّا جَانِبُ المَرْأَةِ، فَمُعَاوَضَةٌ

مَحْضَةٌ، حَتَّىٰ يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الجَوَابِ، وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحِ صِيغَةِ التَّعْلِيقِ، وَقَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، وَيَخْتَصُّ الجَوابُ بِالْمَجلِسِ (و) أَيْضاً، نَعَم ٱحْتُمِلَ مِنْهَا صِيغَةُ التَّعْلِيقِ لِشَبَهِهِ بِالجِعَالَةِ؛ فَإِنَّهَا بَذَلَتِ المَالَ في مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكِ وَاحِدَةً عَلَىٰ ثُلُثِ الأَلْفِ، ٱسْتَحَقَّ الثُّلُثَ، كَمَا في نَظِيرِهِ مِنَ الجِعَالَةِ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ ٱبْتِدَاءً: طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً، لَمْ يَقَعْ؛ لأَنَّ مَا أَتَىٰ بِهِ صِيغَة وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكُمَا عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً عَلَىٰ خَمْسِمائَةٍ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لأَنَّ الجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ؛ بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا، فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكِ، وَضَرَّتَكِ، فَقَبِلَتْ صَحَّ؛ لأَنَّ المُتَعَدِّدَ هُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَتَا: طَلِّقْنَا، وَٱرْتَدَّتَا، فَأَجَابَهُمَا، ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الإِسْلَامِ، صَحَّ الخُلْعُ، وَإِنْ تَخَلَّلَ كَلِمَةَ الرِّدَّةِ، وَهَذَا الكَلَامُ اليَسِيرُ لاَ يَضُرُّ.

(البَابُ الثَّانِي في أَرْكَانِ الخُلْعِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ: العَاقِدَانِ، وَالعِوَضَانِ، وَالصِّيغَةُ:

(الأَوَّلُ: المُوجِبُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلاً بالطَّلاقِ، وَيَصِحُّ خُلعُ السَّفِيهِ.

وَلَكِنْ لاَ يَبْرَأُ المُخْتَلِعُ بِتَسْلِيمِ المَالِ إِلَيْهِ، بَلْ إِلَى الوَلِيِّ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: القَابِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلاً لالْتِزَامِ المَالِ، وَٱلْتِزَامُ المُكَاتَبَةِ المَالَ في الخُلْعِ تَبَرُّعٌ، وَٱلْتِزَامُ الأَمَةِ فَاسِدٌ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، إِذَا عَتَقَتْ.

وَقِيلَ: يُثْبِتُ المُسَمَّىٰ، وَيُطَالَبُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَٱخْتِلَاعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلاَ يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً لِلمَالِ؛ في الجَدِيدِ، وَٱخْتِلاعُ السَّفِيهَةِ فَاسِدٌ لاَ يُوجِبُ المَالَ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الوَلِيِّ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِياً، وَإِذَا ٱخْتَلَعَتِ الصَّبِيَّةُ، لَمْ يَقَعِ (و) الطَّلَاقُ رَجْعِياً[١]؛ لأَنَّ لَفْظَهَا في القَبُولِ فَاسِدٌ، وَالمَرِيضَةُ إِنْ ٱخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ المِثْلِ، صَحَّ، وَالزِّيَادَةُ تُحْتَسَبُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ الأَصْلِ [ح م][٢].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: المُعَوَّضُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِلزَّوْجِ، فَلاَ [يَصِحُّ خُلْعُ][٣] البَائِنَةِ وَالمُخْتَلِعَةِ، وَيَصِحُّ خُلْعُ الرَّجْعِيَّةِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لِقِيَامِ الملكِ، وَيَصحُّ (و) خُلْعُ المُرْتَدَّةِ إِنْ عَادَتْ إِلَى الإِسْلَام قَبْلَ [انْقِضَاءِ][٤] العِدَّةِ، وَإِنْ أَصَرَّتْ، تَبَيَّنَ الطَّلَاقُ [مِنَ الرِّدَةِ][٥].

---

(١) قال الرافعي: «اختلعت الصبية لم يقع الطلاق رجعياً» هذا وجه.
والثاني: يقع رجعياً كما في السفيه، ورجحه صاحب التهذيب وغيره. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) من أ: فلا يجوز.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من ط.

(الرُّكنُ الرَّابعُ؛ العِوضُ)، وشَرطُهُ أَنْ يكونَ مَعْلُوماً مُتموَّلاً، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً، فَسَدَ الخُلْعُ، وَنَفَذَتِ البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنِ ٱخْتَلَعَتْ بِخَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ، لَزِمَ مَهْرُ المِثْلِ؛ في قَوْلٍ (ح م)، وَقِيمَتُهُ، في قَوْلٍ (ح و).

وَلَو ٱخْتَلَعَتْ بِالدَّمِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيّاً؛ لأَنَّهُ لاَ يُقْصَدُ، وَالمَيْتَةُ قَدْ وتقصَدُ، فَهِيَ كالخَمْرِ، وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا بِمِائَةٍ، فَخَالَفَ الوَكِيلِ، وَنَقَصَ، بَطَلَ الخُلْعُ، وَلَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالِعْهَا مُطْلَقاً، فَنَقَص عَنْ مَهْرِ المِثْلِ، فَفِيهِ [خَمْسَةُ][1] أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا:) يَبْطُلُ؛ كَمَا لَوْ قُدِّرَ بِالمِائَةِ.

(وَالثَّانِي:) أَنَّهُ يَنْفُذُ، وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

(والثَّالِثُ:) أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ المُسَمَّىٰ وَمَهْرِ الْمِثْلِ.

(والرَّابعُ:) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَىٰ بِالْمُسَمَّىٰ، وبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلَاقَ رَجْعِيّاً.

(والخَامِسُ:) أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالمُسَمَّىٰ، فَذَاكَ، وَإِلاَّ ٱمْتَنَعَ الطَّلَاقُ.

أَمَّا وَكِيلُهَا بِٱلاخْتِلاعِ بِمِائَةٍ، إِذَا زَادَ، فَالنَّصُّ وُقُوعُ(ز) البَيْنُونَةِ (و)، وَفِيمَا يَلْزَمُهَا قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا:) مَهْرُ المِثْلِ.

(وَالثَّانِي:) يَلْزَمُهَا مَا سَمَّتْ، وَزِيَادَةُ الوَكِيلِ أَيْضاً يَلْزَمُها إِلاَّ مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنْ أَضَافَ الوَكِيلُ ٱلاخْتِلاَعَ إِلَىٰ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَزِمَهُ المُسَمَّىٰ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَلاَ إِلَىٰ نَفْسِهِ، حَصَلَتِ البَيْنُونَةُ، وَعَلَيْهَا مَا سَمَّتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الوَكِيلِ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا أَيْضاً مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ المِثْلِ، فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ المِثْلِ، فَهِيَ عَلَى الوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقاً، فَهُوَ كَالمُقَدَّرِ بِمَهْرِ المِثْلِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ: الصِّيغَةُ)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ بِدينار؛ عَلَىٰ أَنَّ لي الرَّجْعَةَ، فَهَوَ طَلَاقٌ (ح و) رَجْعِيٌّ، وَسَقَطَ الدِّينَارُ، عَلَىٰ قَوْلٍ (ح م)، وفي القَوْلِ الثَّانِي[2]، فسدَ (م) شَرْطُ الرَّجْعَةِ، وَوَقَعَتِ البَيْنُونَةُ عَلَىٰ مهْرِ المِثْلِ، وَيصِحُ تَوْكِيلُ المَرْأَةِ في الخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ؛ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ لاَ تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلاَ يَتَوَلَّىٰ وَكِيلُ الخُلع الطَّرَفَيْنِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَىٰ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ، وَتَحْضُنَهُ، صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ، وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ،

---

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «فلو قال: طلقتك بدينار على أن لي الرجعة فهو طلاق رجعي وسقط الدينار على قول، وفي القول الثاني... إلى آخره» هذه طريقة والأكثرون قطعوا بوقوع الطلاق رجعياً، وسقوط المال. [ت]

وَوَصَفَهُ، خُرِّجَ(و) عَلَى الجَمعِ بَيْنَ صَفقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ[1]، فَإِنْ أَفْسَدْنَا، وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بِمَهْرِ المِثْلِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَبِقِيَمِ المَوْصُوفَاتِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَعَاشَ الوَلَدُ ٱسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيداً، فَالزِّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيباً، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ، ٱنْفَسَخَ فِي المُسْتَقْبَلِ، وَخُرِّجَ فِي المَاضِي؛ عَلَىٰ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

(البَابُ الثَّالِثُ فِي مُوجِبِ الأَلْفَاظِ المُعَلَّقَةِ بِالإِعْطَاءِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:)

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ، لَزِمَ الأَلْفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلِي عَلَيْكِ أَلْفٌ، طُلِّقَتْ طَلاَقاً رَجْعِيّاً، وَلاَ يَلْزَمُ الأَلْفُ؛ لأَنَّهُ صِيغَةُ إِخْبَارٍ، لاَ صِيغَةُ إِلْزَامٍ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ أَرَادَ الإِلْزَامَ، لَمْ يُؤَثِّرْ تَوَافُقُهُمَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ لا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَنَّ لِي عَلَيْكِ أَلْفاً، فَالطَّلاَقُ رَجْعِيٌّ[2]، لأَنَّهُ صِيغَةُ شَرْطٍ، وَالطَّلاَقُ لاَ يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بِالإِلْزَامِ، فَفِي قَبُولِهِ خِلاَفٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً، فَإِنْ ضَمِنَتْ فِي المَجْلِسِ، طُلِّقَتْ، وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكِ بِيَدِكِ، فَطَلِّقِي نَفْسَكِ، إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، وَطَلَّقْتُ، أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَضَمِنْتُ، نَفَذَ، وَلَزِمَ المَالُ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالإِقْبَاضِ، أَوِ الإِعْطَاءِ، أَوِ الأَدَاءِ، ٱخْتَصَّ بِالمَجْلِسِ إِلاَّ إِذَا قَالَ: «مَتَىٰ مَا»، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتِ، لَمْ تُطَلَّقْ (و) إِلاَّ بِمَشِيئَةٍ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَىٰ أَلْفٍ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، وَقَبِلْتُ فِي المَجْلِسِ، طُلِّقَتْ، وَلَوِ ٱقْتَصَرَتْ عَلَىٰ أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ، كَفَىٰ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي [أَلْفاً] [3] فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ، طُلِّقَتْ، وَدَخَلَ المُعْطَىٰ (و) فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا، لِضَرُورَةِ وُقُوعِ الطَّلاَقِ بِالعِوَضِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ المُعْطَىٰ، لَكِنْ يُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ.

وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الإِقْبَاضِ، لَمْ يَكْفِ الوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِاليَدِ، وَيَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، لأَنَّ لَفْظَ الإِقْبَاضِ لاَ يُنْبِىءُ عَنِ المِلْكِ؛ بِخِلاَفِ الإِعْطَاءِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الإِقْبَاضَ كَالإِعْطَاءِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْ أَلْفَيْنِ، طُلِّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُكِ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ بِأَلْفَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن أضاف إليه نفقة عشر سنين، وكان مما يجوز السّلم فيه ووصفه خرّج على الجمع بين صفقتين مختلفتين» هذه طريقة، والأصح القطع بالصحة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفاً، فالطلاق رجعي» والذي أورده الأكثرون أن قوله: على أن لي عليك ألفاً، كقوله: أنت طالق أو طلقتك على ألف تحصل البينونة، وتلزم الألف. [ت]

(٣) سقط من ط.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَفِي البَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَالغَالِبُ وَاحِدٌ، فَأَتَتْ بِغَيْرِ الغَالِبِ، طُلِّقَتْ لِعُمُومِ ٱلاسْمِ، لَكِنْ عَلَيْهَا ٱلإِبْدَالُ بِالغَالِبِ؛ لاخْتِصَاصِ المُعَاوَضَةِ بِهِ، وَلَفْظُ الإِقْرَارِ أَيْضاً لا يَخْتَصُّ بِالغَالِبِ، بَلْ أَثَرُ العُرْفِ في المَعَامَلَةِ فَقَطْ، دُونَ التَّعْلِيقِ وَالإِقْرَارِ.

وَلَوْ أَتَتْ بِأَلْفٍ مَعِيبٍ، طُلِّقَتْ؛ لِعُمُومِ ٱلاسْمِ، وَعَلَيْهَا الإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ؛ لِلْمُعَاوَضَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الغَالِبُ دَرَاهِمَ عَدَدِيَّةً نَاقِصَةً، لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الإِقْرَارُ وَالتَّعْلِيقُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا البَيْعُ؟ فِيهِ وَجهانِ ويقبَلُ تفسيرُ التَّعلِيقِ والإِقْرَارِ بِالمُعْتَادِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ؛ وَكَذٰلِكَ لاَ يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ؛ لأَنَّهَا نَاقِصَةٌ، وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ قَدْرُ النُّقْرَةِ مَعْلُوماً، وَإِلاَّ فَوَجْهَانِ[1].

(السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي عَبْداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَوَصَفَ العَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَمُ، فَأَتَتْ بِهِ، طُلِّقَتْ، وَمَلَكَ الزَّوْجُ العَبْدَ، وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ ذِكْرِ العَبْدِ، طُلِّقَتْ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ ٱسْمُ العَبْدِ مِنْ مَعِيبٍ وَسَلِيمٍ، لَكِنْ يُرَدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ؛ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ أَتَتْ بِعَبْدٍ مَغْصُوبٍ، فَفِي وُقُوعِ الطَّلاَقِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي خَمْراً، فَأَتَتْ بِخَمْرٍ مَغْصُوبٍ، فَوَجْهَانِ، مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُقُوعِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا العَبْدَ، فَأَعْطَتْ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقّاً، فَهَلْ يَتَبَيَّنُ أَنَّ الطَّلاَقَ لَمْ يَقَعْ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الحُرَّ، وَقَعَ الطَّلاَقُ بِإِعْطَائِهِ، رَجْعِيّاً.

وَقِيلَ: يُرْجَعُ إِلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ، وَيَكُونُ بَائِناً[2].

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتِنِي هَذَا الثَّوْبَ المَرْوِيَّ، فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ عَلَىٰ هَذَا الثَّوْبِ؛ عَلَىٰ أَنَّهُ هَرَوِيٌّ، فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ، نَفَذَتِ البَيْنُونَةُ، وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الخُلْفِ فِي العِوَضِ دُونَ الطَّلاَقِ[3].

(البَابُ الرَّابعُ في سُؤَالِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ):

(الأَوَّلُ في ٱلْفَاظِهِ)، وَفِيهِ صُوَرٌ: (الأُولَىٰ): إِذَا قَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، ٱخْتَصَّ الجَوَابُ بِالمَجْلِسِ؛ بِخِلاَفِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَىٰ مَا أَعْطَيْتِنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ، فَطَلَّقَ، فَهُوَ رَجْعِيٌّ، وَلاَ يَحْصُلُ البَرَاءَةُ؛ لأَنَّ تَعْلِيقَ البَرَاءَةِ لاَ يَصِحُّ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَطَلَّقَ، لَزِمَهَا (ح و) الأَلْفُ، وَصَلُحَتْ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْهَا لِلالْتِزَامِ، وَإِنْ لَمْ

---

(١) قال الرافعي: «ولكن يصح التعامل عليها إن كان قدر الفقرة معلوماً وإلاَّ فوجهان، صورة الوجهين قد ذكرها مرة في الزكاة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: إن أعطتني هذا الحُرّ وقع الطلاق بإعطائه رجعيّاً وقيل: يرجع إلى مهر المثل، ويكن بائناً، الأشبه الثاني، وسياق الكتاب يشعر بترجيح الأول. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللزوج خيار الخلف في العوض دون الطلاق» قد سبق في الخلع والطلاق ما نفي عنه. [ت]

يَصْلُحْ مِنْهُ لِلالْتِزامِ، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذلِكَ لا يُحْتَمَلُ فِي البَيْعِ، عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.
وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ يَذْكُرِ المَالَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الجَوَابَ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ رَجْعِيّاً، وَلَوْ قِيلَ: لَهُ أَطَلَّقْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجوابِ[1]؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنِّي، فَقَالَ: أَبَنْتُكِ، فَإِنْ نَوَيَا، نَفَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِيَا، أَوْ لَمْ يَنْوِ الزَّوْجُ، لَغَا، وَإِنْ نَوَىٰ، دُونَهَا نُظِرَ؛ فَإِنْ ذَكَرَ المَالَ، لَمْ يَنْفُذْ، لأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمْ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا، نَفَذَ رَجْعِيّاً، وَإِنْ ذَكَرَ المَالَ دُونَهَا، لَمْ يَقَعِ الطَّلاَقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي ٱلتِمَاسِهَا، فَقَالَتْ: أَبِنِّي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَبَنْتُكِ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعاً إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ ٱلابْتِدَاءَ، دُونَ الجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَبِنِّي، فَقَالَ: أَبَنْتُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ، مَعَ نِيَّتِهِ، وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، وَلَمْ يَثْبُتِ المَالُ؛ بِخِلاَفِ لَفْظِ الخُلْعِ؛ فَإِنَّهُ يُنْبِىءُ عَنِ المَالِ، فَيَقْتَضِيهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي ٱلتِمَاسِهَا طَلاَقاً مُقَيَّداً بِعَدَدٍ)، وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، ٱسْتَحَقَّ ثُلُثَ الأَلْفِ؛ بِخِلاَفِ جَانِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلاَّ طَلْقَةٌ، وَطَلَّقَ الآخِرَةَ، ٱسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَتْ طَلْقَتَانِ، اسْتَحَقَّ بِالوَاحِدِ ثُلُثَ الأَلْفِ، فَإِنْ أَوْقَعَهُمَا، ٱسْتَحَقَّ الجَمِيعَ (ز) لأَنَّهُ أَفَادَ البَيْنُونَةَ الكُبْرَىٰ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي عَشْراً بِأَلْفٍ، ٱسْتَحَقَّ بِالوَاحِدَةِ عُشْرَ الأَلْفِ، وَبالثِّنْتَيْنِ خُمُسَهُ، وبِالثَّلاثِ الجَمِيعَ (و)، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلاثاً بِأَلْفٍ، فَقَال: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، وَثِنْتَيْنِ مَجَّاناً، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الأُولَىٰ بِثُلُثِ الأَلْفِ، والثِّنْتَانِ لا يَقَعَانِ؛ لأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالقِيَاسُ أَنَّ الأُولَىٰ لاَ تَقَعُ؛ لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلاَّ بِالأَلْفِ، وَهِيَ، مَا قَبِلَتْ إِلاَّ بِثُلُثِ الأَلْفِ، وَالثِّنْتَانِ بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَاحِدَةً مَجَّاناً، واثْنَتَيْنِ بِثُلُثَيْ الأَلْفِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً، وَٱبْتَنَى الثِّنْتَانِ عَلَىٰ مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا، نَفَّذْنَا بِثُلُثَي الأَلْفِ، وَإِلاَّ وَقَعَتَا بِغَيْرِ مَالٍ؛ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهَةِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً، ٱسْتَحَقَّ (ح) تَمَامَ الأَلْفِ؛ لأَنَّهُ أَجَابَ وَزَادَ، فَلَوْ ذَكَرَ المَالَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً بِأَلْفٍ، فَهُوَ كَمَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْ.

وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا صَرِيحٌ فِي التَّوْزِيعِ، وَمُقَابَلَةِ كُلِّ طَلْقَةٍ بِثُلُثِ الأَلْفِ، فَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ خَالَفَ ٱلالْتِمَاسَ.

وَقِيلَ: إِنَّ الأُولَىٰ يَقَعُ فَقَطْ؛ لأَنَّهَا ٱلتَمَسَتْ بِأَلْفٍ، وَأَجَابَهَا بِثُلُثِ الأَلْفِ، فَقَدْ أَحْسَنَ، وَيَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنْ يَقُولَ: بِعْنِي بِأَلْفٍ، فَيَقُولَ: بِعْتُكَ بِخَمْسِمائَةٍ؛ أَنَّهُ يَصِحُّ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي نِصْفَ طَلْقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ طَلِّقْ نِصْفِي بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ، بَانَتْ، وَعَلَيْهَا مَهْرُ المِثْلِ؛ لِفَسَادِ صِيغَةِ المُعَاوَضَةِ.

وَقِيلَ: عَلَيْهَا المُسَمَّىٰ (ز).

---

(١) قال الرافعي: «ولو قيل له: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم فهو متعين للجواب» هذه الصورة مذكورة في أواخر «كتاب الطلاق» بأكثر مما ذكرها والمقصود هٰهنا إظهار الفرق بين أن يقول: لم أقصد الجواب بقولي: نعم وبين قوله: طلقتك. [ت]

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في المُعَلَّقِ بِزَمَانٍ)، وَفِيهِ صُوَرٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غداً، وَلَكَ أَلْفٌ، ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ، مَهْمَا طَلَّقَ، إِمَّا في الغَدِ، وَإِمَّا قَبْلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ، نَفَذَ رَجْعِيّاً؛ لأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إِنْ طَلَّقْتَنِي في جَمِيعِ هَذَا الشَّهْرِ، وَلَمْ تُؤَخِّر، ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ، إِنْ وَافَقَ؛ بِخِلاَفِ مَالَوْ قَالَتْ: مَتَىٰ مَا طَلَّقْتَنِي، فَلَكَ أَلْفٌ، فَإِنَّهُ لاَ يُسْتَحَقُّ إِلاَّ بِطَلاَقٍ في المَجْلِسِ؛ لأَنَّ قَرِينَةَ العِوَضِ عَارَضَ عُمُومَ «مَتَىٰ مَا»، وَلاَ يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِنَقْلِ الجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ إِلَىٰ أُخْتِهَا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غداً عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَالَتْ في الحَالِ: قَبِلْتُ[1]، وَقَعَ الطَّلاَقُ غداً، وٱسْتَحَقَّ مَهْرَ المِثْلِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، لِفَسَادِ المُعَاوَضَةِ بالتَّعْلِيقِ، وَالمُسَمَّىٰ، عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لاحْتِمَالِ التَّعْلِيقِ فِيه.

وَفِيه وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ أَصْلاً.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ في ٱخْتِلاَعِ الأَجْنَبِيِّ)، وَهُوَ صَحِيحٌ كَٱخْتِلاَعِهَا، وَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَاهَا، لَكِنَّ المَالَ يَجِبُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلاً عَنْ جِهَتِهَا، تَخَيَّرَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِعَ مُسْتَقِلاًّ، أَوْ بالوِكَالَةِ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِهِ وَنِيَّتِهِ، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالسِّفَارَةِ، وَنَوَى النِّيَابَةَ[2]، تَعَلَّقَتْ بِهِ العُهْدَةُ؛ كَمَا في الشِّرَاءِ (ز)، وَإِنِ ٱخْتَلَعَ بِوَكَالَتِهَا، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ، تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلاَقَ غَيْرُ وَاقِعٍ، وَلَوْ كَانَ المُخْتَلِعُ أَبَاهَا، وَهِيَ طِفْلٌ، فَهُوَ كالأَجْنَبِيِّ، وَإِنِ ٱخْتَلَعَ بِنِيَابَتِهَا، لَمْ يَصِحَّ؛ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ، وَإِنِ ٱخْتَلَعَ ٱسْتِقْلاَلاً، وَلَكِنْ بِعَيْنِ مَالِهَا، فَهُوَ كَخُلْعِ الأَجْنَبِيِّ بِالمَغْصُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةٍ وَلاَ ٱسْتِقْلاَلٍ، وَلَكِنِ ٱخْتَلَعَ بِعَبْدٍ، ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا، وَقَعَ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، وَكَانَ كَالسَّفِيهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ يَخْتَلِعُ بِالمَغْصُوبِ.

وَقِيلَ أَيْضاً في المَغْصُوبِ: يَقَعُ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً.

وَإِنِ ٱخْتَلَعَهَا بِالبَرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ، صَحَّ (و) إِنْ جَوَّزْنَا لِلوَلِيِّ العَفْوَ، وَإِلاَّ فَالطَّلاَقُ يَقَعُ رَجْعِيّاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَهُوَ كَالوَكِيلِ الكَاذِبِ؛ عَلىٰ وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَلِعْهَا، وَأَنَا ضَامِنٌ بَرَاءَتَكَ عَنِ الصَّدَاقِ، فَالقِيَاسُ أَنَّ الطَّلاَقَ رَجْعِيٌّ (و)، وَإِنْ قَالَ: ٱخْتَلَعْتُ عَلَىٰ أَنِّي ضَامِن، إِنْ طُولِبْتُ بالصَّدَاقِ[3]، فَالطَّلاَقُ بَائِنٌ، وَعَلَيْهِ مَهْرُ المِثْلِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق غداً على ألف فقالت في الحال: قبلت... إلى آخره» الخلاف في أنه يجب مهر المثل أهو المسمى؟ فيه أوجه لابن سُرَيج. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن لم يصرح بالسفارة، ونوى النيابة» كان الأحسن أن يطرح لفظ النيابة ويقول: ونواها. [ت]

(٣) في ط: بالطلاق.

(البَابُ الخَامِسُ في النِّزَاعِ)

وَلَهُ صُوَرٌ:

(إحْدَاهَا): أَنْ يَقَعَ في أَصْلِ ذِكْرِ العِوَضِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، إِذْ أَنْكَرَتِ العِوَضَ، وَالبَيْنُونَةُ تَحْصُلُ مُؤَاخَذَةً لَهُ بِقَوْلِه.

(الثَّانِيَةُ): النِّزَاعُ في جِنْسِ العِوَضِ وَقَدْرِهِ يُوجِبُ (ح) التَّحَالُفَ وَالرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ؛ كَمَا في الصَّدَاقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَىٰ جَرَيَانِ الخُلْعِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مُطْلَقٍ، وَفي البَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لاَ غَالِبَ فِيهَا، وَلَكِنْ نَوَيَا نَوْعاً وَاحِداً، فَهَذَا لا يُحْتَمَلُ في البَيْعِ؛ لِجَهَالَتِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ، وَيُحْتَمَلُ في الْخُلعِ، وَلاَ يُحْتَمَلُ في الخُلْعِ أَنْ يَذْكُرَ مُجَرَّدُ الأَلْفِ وَلاَ يَتَعرَّضَ لِلنَّوْعِ[1]، وَأَشَدُّ احْتِمَالاً مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ، فَيَفْسُدَ الخُلْعُ لِلإِجْمَالِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ النِّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ.

وَلَوْ تَنَازَعَا، فَقَالَ: أَرَدْنا بِالدَّرَاهِمِ النُّقْرَةَ، فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الفُلُوسَ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لأَنَّهُ نِزَاعٌ في الْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ إِرَادَةِ الدَّرَاهِمِ، وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الفُلُوسَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ، بَانَتْ، وَلاَ عِوَضَ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ إِرَادَتِهَا الفُلُوسَ، وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الدَّرَاهِمَ، وَلاَ فُرْقَةَ، فَالبَيْنُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلى الدَّرَاهِمِ لَفْظاً، وَجَرَيَانِ الخُلْعِ، وَالنِّيَّاتُ لاَ يُطَّلَعُ عَلَيْهَا، وَلاَ شَيْءَ لِلزَّوْجِ؛ لإِنْكَارِهِ الفُرْقَةَ.

وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ المِثْلِ.

(الرَّابِعَةُ) إِذَا تَنَازَعَا في المُعَوَّضِ، فَقَالَتْ: سَأَلْتُكَ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ بِأَلْفٍ، فَأَجَبْتَنِي، فَقَال: بَلْ سَأَلْتِ وَاحِدَةً، فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ، وَتَنَازَعَا في مِقْدَارِ المُعَوَّضِ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَلَهُ مَهْرُ المِثْلِ، فَأَمَّا عَدَدُ (و) الطَّلاَقِ، فَلاَ يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلاَّ قَوْلُهُ.

(الخَامِسَةُ:) إِذَا ادَّعَىٰ عَلَيْهَا الاخْتِلاَعَ، فَأَنْكَرَتْ، وَقَالَتِ: اخْتَلَعَنِي أَجْنَبِيٌّ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا في نَفْيِ العِوَضِ، وَبَانَتْ لِقَوْلِهِ، وَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَى الأَجْنَبِيِّ؛ لاعْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتِ: اخْتَلَعْتُ، وَلَكِنِ بِوَكَالَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَيَتَحَالَفَانِ؛ لأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَىٰ أَصْلِ العَقْدِ، وَاخْتَلَفَا في صِفَةِ الإِضَافَةِ.

وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهَا؛ لإِنْكَارِهَا أَصْلَ الالْتِزَامِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحتمل في الخلع أن يذكر مجرد الألف، ولا يتعرض للنوع»، والذي يوجد للأصحاب العراقيين وغيرهم أنه يحتمل. [ت]

(كِتَابُ الطَّلَاقِ)[1]

([وَالنَّظَرُ فِي شَرْطَيْنِ: الأَوَّلُ: فِي عُمُومِ حُكْمِهِ][2]، وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ):

(اَلْبَابُ اَلأَوَّلُ: فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(اَلأَوَّلُ: فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ)، وَهُوَ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَحْرِيمِهِ سَبَبَانِ:

(أَحَدُهُمَا): الحَيْضُ؛ فِيمَنْ تَعْتَدُّ بِالحَيْضِ، وَطَلَاقُ الحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدْعِيٌّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ

---

(١) الطلاق: اسم مصدر لـ «طلق» بالتشديد ومصدره التطليق، ومصدر «طلق» بالتخفيف يقال: أطلقت المرأة طلاقاً، فهي طالق. وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عند اختلاف المعنيين، تقول: طلقت إبلي وأسيري، وطلقت امرأتي. فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة: ومنها الفراق، والترك؛ يقال: طلقت القوم تركتهم، وطلقت «فارقتها». ومنه قول الشاعر: [الوافر]

غَطَارِفَةٌ تَرَوْنَ المَجْدَ غُنْماً   إِذَا مَا طَلَّقَ البَرِمُ العِيَالاَ

تركهم كما يترك الرجل المرأة، ومنها التخلية والإرسال، أخذ من قولهم: طالق إذا خليت مهملة بغير راع. وفي حديث ابن عمر: «والرجل الذي قال لزوجته أنت طالق» وطلقت الأسير، أي خليته. وأنشد سيبويه. [الوافر]

طَلِيقُ الأَّ لَمْ يَمْنُنْ عَلَيْهِ   أَبُو داوُدَ وَابْنُ أَبِي كَبِيرِ

حنين «خرج ومعه الطلقاء» هم الذين خلى عنهم يَومَ فتح «مكة» وأطلقهم فيهم، وأحدهم طليق وهو الأسير، إذا أطلق سبيله. ومنها حل القيد حسيًّا كقيد الفرس، أو معنويا كالعصمة فإنها تحل بالطلاق. ومن هذا حبسوه في السجن طلقاً أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا عتق: طليق، أي صار حراً. وقال الجوهري «بعير طَلْق، وناقة طَلْق، أي غير مقيدة، وأطلقت الناقة من العقال فطلقت».

ينظر: الصحاح ١٥١٨/٤، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ٢٢٥/١٠، والمصباح المنير ٢/ ٥٧٣.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفيةُ بأنه: إزالة النِّكَاح الذي هو قَيْدٌ معنى.

عرفه الشافعية بأنه: حَلّ عقد النكاح بلفظ الطَّلَاقِ ونحوه، أو هو: تصرُّف مملوك للزوج يُحْدِثه بلا سبب، فيقطع النكاح.

عرفه المالكيةُ بأنه: إزالة القَيْدِ، وإرسال العِصْمَةِ؛ لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلةُ بأنه: حلّ قَيْدِ النكاح أو بعضه.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ١٨٨/٢، الدرر ٣٥٨/١، البدائع ١٧٦٥/٤ الخرشي على مختصر سيدي خليل ١١/٣، الكافي ٢/ ٥٧١، كشاف القناع ٥/ ٢٣٢، والمغني ٧/ ٣٦٣.

(٢) سقط من أ ، ب

تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ؛ إِذْ بَقِيَّةُ الحَيْضِ لاَ تُحْتَسَبُ.

وَلاَ بِدْعَةَ فِي طَلاَقِ غَيْرِ المَمْسُوسَةِ، وَلاَ سُنَّةَ، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا.

فَقِيلَ: لأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا، فَيَجُوزُ الطَّلاَقُ بِرِضَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِوَضٌ، وَلاَ يَجُوزُ ٱخْتِلاَعُ الأَجْنَبِيِّ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضَرُورَةِ ٱلافْتِدَاءِ.

وَلاَ يَجُوزُ الطَّلاَقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلِّقُ عَلَى المَوْلَىٰ، وَإِنْ كَانَ فِي الحَيْضِ؛ لِلضَّرُورَةِ.

وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الحَيْضِ، فَيُسْتَحَبُّ (م) أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّىٰ تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا إِنْ شَاءَ لِئَلاَّ يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلاَقِ.

وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ، هَلْ يُسْتَحَبُّ له أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّىٰ تَطْهُرَ، فَيُطَلِّقَ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ.

وَلاَ بِدْعَةَ (ح) فِي الجَمْعِ بَيْنَ الثَّلاَثِ (ح م)، وَلَكِنَّ الأَوْلَى التَّفْرِيقُ؛ حَذَراً مِنَ النَّدَمِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الحَيْضِ، فَهُوَ بِدْعِيٌّ فِي وَجْهٍ؛ لاقْتِرَانِهِ بِالحَيْضِ، وَسُنِّيٌّ مِنْ وَجْهٍ؛ لاسْتِعْقَابِهِ الطُّهْرَ المَحْسُوبَ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلاَفُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهْرِ. وَلَكِنْ بِالعَكْسِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ فِي الحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلَتْ، وَهِيَ طَاهِرَةٌ، يُعَدُّ سُنِّيّاً، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضاً، يُعَدُّ بِدْعِيّاً؛ فَيُسْتَحَبُّ المُرَاجَعَةُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي: إِمْكَانُ الحَمْلِ)، وَالطَّلاَقُ فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ، أَوِ ٱسْتَدْخَلَتْ مَاءَهُ، بِدْعِيٌّ، فَإِنْ ظَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلاً، لَمْ يَكُنْ بِدْعِيّاً؛ لأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَىٰ ثِقَةٍ [مِنْ نَفْسِهِ][1].

وَلَوْ وَطِئَهَا فِي الحَيْضِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، قِيلَ: لاَ يَحْرُمُ؛ لأَنَّ بَقِيَّةَ الحَيْضِ تَدُلُّ عَلَى البَرَاءَةِ.

وَقِيلَ بِالتَّحْرِيمِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ بِدْعَةَ فِي خُلْعِهَا.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لأَنَّ أَمَدَ الحَمْلِ لاَ يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا، وَالعِدَّةُ حَقُّهَا؛ فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا.

وَالآيِسَةُ، وَالصَّغِيرَةُ، وَغَيْرُ المَمْسُوسَةِ، وَالحَامِلُ بِيَقِينٍ، لاَ بِدْعَةَ فِي طَلاَقِهِنَّ أَصْلاً.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّعْلِيقِ بِالسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ لِلحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، طُلِّقَتْ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، لَمْ تُطَلَّقْ حَتَّىٰ تَطْهُرَ (ح).

---

(١) سقط من ب.

وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ في الحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلبِدْعَةِ، فَإِذَا جَامَعَهَا، أَوْ حَاضَتْ، طُلِّقَتْ، وَاللاَّمُ فِيمَا يُنْتَظَرُ لِلتَّأْقِيتِ؛ كَقَوْلِهِ؛ أَنْتِ طَالِقٌ لِرَمَضَانَ؛ بِخِلاَفِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلاَنٍ؛ فَإِنَّهُ لِلتَّعْلِيلِ، فَيَقَعُ في الحَالِ، وَإِنْ سَخِطَ فُلاَنٌ فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّأْقِيتَ يُدَيَّنُ بَاطِناً، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ، أَوْ غَيْرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ، وَقَعَ في الحَالِ؛ وَكَأَنَّ اللاَّمَ لِلتَّعْلِيلِ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ المُضَافُ إِلَى البِدْعَةِ؛ حَتَّىٰ يَدْخُلَ بِهَا، وَتَحِيضَ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، يَقَعُ في الحَالِ؛ لأَنَّ السُّنَّةَ طَلاَقٌ لاَ تَحْرِيمَ فِيهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا قَالَ للطَّاهِرَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً؛ بَعْضُهُنَّ لِلسُّنَّةِ، وَبَعْضُهُنَّ لِلبِدْعَةِ، يُحْمَلُ عَلَى التَّشْطِيرِ مُطْلَقُهُ، فَيَقَعُ في الحَالِ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ لِتَكْمُلَ فِي الحَالِ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ المُزَنِيُّ ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ تَقَعُ وَاحِدَةٌ؛ لأَنَّ البَعْضَ مُجْمَلٌ، وَأَقَلُّهُ الوَاحِدُ؛ فَيُنَزَّلُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ فِي الحَالِ ثَلاَثَةَ أَنْصَافٍ، كَمُلَ الثَّلاَثُ في الحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَاحِدَةً في الحَالِ، وَثِنْتَيْنِ في ٱلاسْتِقْبَالِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ.

وَقِيلَ: لاَ يُقْبَلُ؛ لأَنَّ تَسْمِيَةَ الثِّنْتَيْنِ بَعْضاً بَعِيدٌ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلَ الطَّلاَقِ، وَأَفْضَلَهُ، وَأَحْسَنَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ؛ فَلاَ يَقَعُ في حَالَةِ الحَيْضِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْبَحَ الطَّلاَقِ، وَأَسْمَجَهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَةِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبِيحَةً حَسَنَةً، أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً فَيَلْغُو الوَصْفُ؛ لِتَنَاقُضِهِ، وَيَقَعُ أَصْلُ الطَّلاَقِ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً في كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةٌ، نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ حَائِضٌ، لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وَبَانَتْ؛ فَلاَ تَلْحَقُ الثَّانِيَةُ.

وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطُّهْرِ الثَّانِي، لَحِقَ الثَّانِيَةَ، وَالثَّالِثَةَ؛ عَلَىٰ قَوْلِ عَوْدِ الحِنْثِ.

فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطُّهْرَيْنِ، لَمْ يَقَعْ، لانْحِلاَلِ اليَمِينِ بالطُّهْرَيْنِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ.

وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا، لَحِقَهَا الثَّلاَثُ في ثَلاَثَةِ أَقْرَاءٍ، وَقَدْ شَرَعَتْ بِالأُولَىٰ فِي العِدَّةِ.

وَهَلْ تَسْتَأْنِفُ العِدَّةَ لِلُحُوقِ الثَّانِيَةِ والثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ[1] (و)، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، وَهِيَ

---

(١) قال الرافعي: «وهل تستأنف العدة للحوق الثانية والثالثة، فيه خلاف».
قولان. [ت]
وقال أيضاً «وهل تستأنف العدة للحوق الثانية والثالثة، فيه خلاف» الصورة، والخلاف فيهما يعودان في العدة. [ت]

تَحِيضُ، وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ، فَيَقَعُ وَاحِدَةٌ فِي الطُّهْرِ الأَوَّلِ وَهَلْ يَتَكَرَّرُ فِي الطُّهْرِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ لأَنَّ القُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى البَرَاءَةِ، وَلَا دَلَالَةَ مَعَ الحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيِسَةً، فَفِي وُقُوعِ وَاحِدٍ فِي الحَالِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّ القُرْءَ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ، أَمِ ٱلانْتِقَالُ مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضاً؟.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الأَقْرَاءِ، لَمْ يُقْبَلْ (و)؛ لأَنَّهُ لَا سُنَّةَ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ: لِلسُّنَّةِ، ثُمَّ فَسَّرَ بِالتَّفْرِيقِ، فَهَلْ يُدَيَّنُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللهُ[1] وَكَذَا كُلُّ مَا يُحْوِجُ إِلَىٰ زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِيصِ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ خِلَافٌ (و) كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقُ، ثُمَّ ٱسْتَثْنَىٰ وَاحِدَةً بِنِيَّتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَأَرَادَ البَعْضَ، أَمَّا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ كَمَا لَوْ عَنَىٰ بِنِيَّتِهِ عِنْدَ مُعَايَنَةِ الزَّوْجَةِ الحَاضِرَةِ إِيَّاهُ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ[2]، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقاً عَنْهَا، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ ذَلِكَ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِ زَيْداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْراً يُقْبَلُ؛ لأَنَّهُ كَتَخْصِيصِ عُمُومٍ، وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِي كُلِّ ٱحْتِمَالٍ، وَإِنْ بَعُدَ، وَإِنَّمَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، إِذَا ظَهَرَ ٱحْتِمَالُ اللَّفْظِ، أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي: فِي أَرْكَانِ الطَّلَاقِ)

وَهِيَ خَمْسَةٌ (الأَوَّلُ: المُطَلِّقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ، فَلَا يَنْفُذُ طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ: (الأَوَّلُ) أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلَاقِ، وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح م و)[3]، وَالفِرَاقِ (ح و)[4]، وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ، وَأَنْتِ مُطَلَّقَةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشْتَقٍّ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ المُشْتَقِّ مِنَ الإِطْلَاقِ (و م)؛ كَقَوْلِهِ: أَطْلَقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلَاقُ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الأَصَحِّ (ح م) وَقَوْلُهُ: سَرَّحْتُكِ، أَوْ فَارَقْتُكِ، صَرِيحٌ(ح م و) أَمَّا ٱلاسْمُ [كَالمُطَلَّقَةِ][5] وَالمُسَرَّحَةِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلَاقِ بِالفَارِسِيَّةِ صَرِيحٌ (ح)، عَلَى الأَصَحِّ، وَهُوَ قَوْلُهُ (توهشته أي)، وَفِي قَوْلِهِ (دشت بازد اشتم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كسيل كردم وازتوجذ اكشتم) وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِأَلَّا يَكُونَ صَرِيحاً، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي العُرْفِ، كَقَوْلِهِ: حَلَالُ اللهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

---

(١) قال الرافعي: «وكذا لو قال: أردت إن شاء الله» الظاهر عند الأئمة أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء الله، بخلاف الصورة السابقة. [ت]

(٢) في ط: كما لو عنى بنيته نكاح جديدة.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في أ: كالمفارقة.

(أَمَّا الكِنَايَةُ)، فَهِيَ كُلُّ لَفظٍ مُحتمِلٍ؛ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ، وَبرِيَّةٌ، وَبَائِنَةٌ، وبَتْلَةٌ، وَٱعْتَدِّي، وَٱسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ، وَٱلْحَقِي بِأَهْلِكِ، وَحَبْلُكِ عَلَىٰ غَارِبِكِ، وَلاَ أَنْدهُ سَرْبَكِ، وَٱعْزُبِي، وَٱذْهَبِي، وَٱخرُجِي، وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَىٰ مِنْهُ قَوْلُهُ: تَجَرَّعِي، أَيْ: كَأْسَ الفِرَاقِ، وَذُوقِي، وَتَزَوَّدِي، أَمَّا قَوْلُهُ: ٱشْرَبِي، فَفِيه خِلاَفٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِي، أَبْعَدُ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا في قَوْلِهِ: أَغْنَاكِ الله، أَمَّا الَّذِي لاَ يَحْتَمِلُ؛ كَقَوْلِهِ: ٱقْعُدِي (و)، وَٱغْرُبِي، وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَمُعْتَقَةٌ، كِنَايَةٌ (ح) في الطَّلاَقِ؛ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ في العَتَاقِ [ح][(1)]، أَمَّا لَفظُ الظِّهَارِ وَالطَّلاَقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ الآخَرَ، وَلَكِنْ لاَ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لأَنَّ تَنْفِيذَهُ صَرِيحاً مُمْكِنٌ في مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: ٱعْتَدِّي، وَنَوَى الطَّلاَقَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نَوَى الظِّهَارَ (م) أَوِ الطَّلاَقَ، كَانَ كَمَا نَوَىٰ (و)، وَلَوْ نَوَى التَّحْرِيمَ، حُرِّمَتْ، وَلَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُوجِبُ (ح م) الكَفَّارَةَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَلْغُو (ح م)، لِتَعَارُضِ ٱلاحْتِمَالِ.

وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ في [التَّحْرِيمِ في][(2)] مِلْكِ اليَمِينِ، وَيَلْغُو في النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ.

وَالنِّيَّةُ في الْكِنَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللفظِ لاَ قَبْلَهُ وَلاَ بَعْدَهُ، فَلَو ٱقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ، نَفَذَ؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوِ ٱقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ، فَوَجْهَانِ، وَالْكِنَايَةُ لاَ يَصِيرُ (ح) صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الغَضَبِ وَاللَّجَاجِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي في الفِعْلِ).

أَمَّا الإِشَارَةُ المُفْهِمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الأَخْرَسِ في الطَّلاَقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ في فَهْمِها الكَافَّةُ، وَالْكِنَايَةُ مِنْها مَا يَفْطُنُ لِدَرْكِهِ بَعْضُ النَّاسِ، وَأَمَّا القَادِرُ، فَإِشَارَتُهُ لاَ يَكُونُ صَرِيحاً أَصْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَىٰ كَتْبِهِ الطَّلاَقَ مِن القَادِرِ عَلَى النُّطْقِ، وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ أَصْلاً، لَكِنَّهَا كِنَايَةٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلَغْوٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ[(3)]، وَهُوَ مِنَ الحَاضِرِ لَغْوٌ، وَمِنَ الغَائِبِ كِنَايَةٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلاَفُ في الْعِتْقِ، وَالإِبْرَاءِ، وَالعَفْوِ، وَمَا لاَ يَحْتَاجُ إِلَى القَبُولِ، أَمَّا البَيْعُ وَالمُعَاوَضَاتُ، فَالخِلاَفُ فِيهِ مُرَتَّبٌ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُعْتَبَرَ، وَالنِّكَاحُ مُرَتَّبٌ عَلَى البَيْعِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعَبُّدِ وَلِعُسْرِ ٱطِّلاَعِ الشَّاهِدِ عَلَى النِّيَّةِ؛ فَإِنَّهُ كِنَايَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَيَكْتُبُ؛ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ، فَيَقُولُ في الحَالِ: قَبِلْتُ، أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الفَوْرِ (و) وَيُشْهِدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيِ الإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرِينَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَتَبَ: زَوْجَتِي طَالِقٌ، وَقَرَأَ وَنَوَىٰ، وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأَ، وَقَالَ: قَصَدْتُ القِرَاءَةَ دُونَ الطَّلاَقِ، قُبِلَ في الظَّاهِرِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ شَكَّ في أَنَّهُ يُدَيَّنُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَّا بَعْدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ، وَقَعَ في الحَالِ، وَإِذَا قَال: إذا قَرَأْتِ

---

(١) سقط من ب.

(٢) في أ: الكفارة

(٣) قال الرافعي: «لكنها كناية على قول، ولغو على قول» قيل: هما وجهان. [ت]

كِتابي، فأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ، إِذا قرأَتْ، أَوْ قُرِىءَ عَلَيْهَا (و)، إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً، فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرُهَا، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكِ الكِتَابُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَلَغَهَا، وَقَدِ آنْمَحَىٰ جَمِيعُ الأَسْطُرِ، لَمْ يَقَعْ [و][1]، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ أَسْطُرُ الطَّلاَقِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحِ إِلاَّ الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ المَقَاصِدِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنِ انْمَحَى الجَمِيعُ إِلاَّ سَطرَ الطَّلاَقِ، فَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الحَوَاشِي، دُونَ المَكْتُوبِ، وَقَعَ (و).

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّفْويضِ)، وهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ، فَإِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكٌ، أَوْ تَوْكِيلٌ؟ فيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكٌ، لَمْ يَجُزْ لَهَا تَأْخِيرُ التَّطْلِيقِ؛ لأَنَّهُ كَالقَبُولِ وَإِنْ قُلْنَا: تَوْكِيلٌ، فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا، جَازَ(ح و)؛ عَلَى القَوْلَيْنِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ؛ عَلَىٰ قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

فُرُوعٌ:

أَحَدُهَا: لَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَكِ، فَقَالَتْ: أَبَنْتُ، وَنَوَيَا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَقَعْ [ح][2].

وَلَوْ قَالَ طَلِّقِي نَفْسَكِ، فَقَالتْ أَبنْتُ وَنَوَتْ، وَقَعَ (ح) وَقِيلَ لاَ يَقَعُ لِمُخَالَفَةِ الكِنايةِ الصَّرِيحَ.

وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي في تَوْكِيلِ الأَجْنَبِيِّ أَيْضاً.

وَلَوْ قَالَ: اخْتَارِي، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، طُلِّقَتْ رَجْعِيَّةً (ح م)، وَإِنِ آخْتَارَتْ زَوْجَهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالقَوْلُ في نِيَّةِ الْكِنَايَةِ قَوْلُ (و) النَّاوِي.

(الثَّاني): إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ، وَنَوى ثَلاثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلَمْ تَنْوِ العَدَدَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ (ح).

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاثُ، وَإِنَّ نِيَّتَهُ تُغْنِي عَنْ نِيَّتِها في الْعَدَدِ، وَإِنْ لَمْ تُغْنِ في أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاَثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ، وَلاَ يَتَّجِهُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلاَثِ.

(الثَّالِثُ): لَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثاً، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، طُلِّقَتْ وَاحِدَةً (م)، وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَاحِدَةً، وَطَلَّقَتْ ثَلاَثاً، وَقعتْ (ح) وَاحِدَةٌ.

(الرُّكْنُ [الثَّالِثُ][3] للطَّلاَقِ: القَصْدُ). وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ آخْتِلاَلُهُ بِخَمْسَةِ أَسْبَابٍ:

(الأَوَّلُ): سَبْقُ اللِّسَانِ، فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلاَقِ، لَمْ يَقَعْ طَلاَقُهُ، وَلَوْ كَانَ آسْمُ زَوْجَتِهِ «طَالِقَ» وَآسْمُ عَبْدِهِ «حُرٌّ» فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَيَا حُرُّ، لَمْ يُعْتَقْ، وَلَمْ تُطَلَّقْ، إِنْ قَصَدَ النِّدَاءَ، فَإِنْ

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الثاني.

أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ، لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ النِّدَاءِ وَالإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ ٱسْمُ زَوْجَتِهِ «طَارِقَ»، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، ثُمَّ قَالَ: ٱلْتَفَتَ لِسَانِي، قُبِلَ ذَلِكَ ظَاهِراً.

(الثَّانِي): الهَزْلُ، وَلاَ يُؤَثِّرُ ذَلِكَ فِي مَنْعِ الطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالمَشْهُورُ أَنَّ النِّكَاحَ لاَ يَنْعَقِدُ مَعَ الهَزْلِ.

(الثَّالِثُ: الجَهْلُ)، فَإِذَا خَاطَبَ ٱمْرَأَةً بِالطَّلاَقِ؛ عَلَىٰ ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الغَيْرِ، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ، وَيَنْقَدِحُ أَلاَّ يَقَعَ، وَالأَعْجَمِيُّ إِذَا لُقِّنَ لَفْظَ الطَّلاَقِ، وَهُوَ لاَ يَفْهَمُهُ، لَمْ يَقَعْ، وَإِذَا بَاعَ مَالاً؛ عَلَىٰ ظَنِّ [حَيَاةِ أَبِيهِ](1) أَنَّهُ لأَبِيهِ(2)، فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ، فَفِي صِحَّتِهِ خِلاَفٌ.

(الرَّابِعُ) الإِكْرَاهُ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَصَرُّفَاتِ إِلاَّ إِسْلاَمَ الحَرْبِيِّ وَالمُرْتَدِّ، وَفِي إِسْلاَمِ الذِّمِّيِّ تَرَدُّدٌ [ح](3)، وَلاَ يَقَعُ (ح) طَلاَقُ المُكْرَهِ إِلاَّ إِذَا ظَهَرَتْ دَلاَلَةُ ٱخْتِيَارِهِ [ح](4)؛ بِأَنْ خَالَفَ المُكْرِهَ بِأَنْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَطَلَّقَ ثَلاَثاً، أَوْ عَلَىٰ طَلاَقِ زَوْجَةٍ، فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَىٰ زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَىٰ ثَلاَثٍ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً (و)، أَوْ عَلَىٰ إِحْدَىٰ زَوْجَتَيْنِ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ تَرَكَ التورية مَعَ (و) العِلْمِ بِهَا، وَٱلاعْتِرَافِ بِأَنَّهُ لَمْ يُدْهَشْ بِالإِكْرَاهِ(5)، أَوْ قَالَ المُكْرِهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا، فَقَالَ: فَارَقْتُهَا، وَحَدُّ الإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرّاً إِلَى الفِعْلِ، شَاءَ أَمْ أَبَىٰ، كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالشَّوْكَ، وَذَلِكَ لاَ يَحْصُلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَأَمْثَالِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لاَ يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الخِيرَةِ وَالرَّوِيَّةِ، بَلِ التَّخْوِيفُ بِالحَبْسِ وَالجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَقْتَضِي العَقْلُ وَالحَزْمُ إِجَابَةَ المُكْرِهِ، حَذَراً مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَدْفَعُ الطَّلاَقَ؛ وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي المُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ فِي المَلأَ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الوَلَدِ، نَعَم التَّخْوِيفُ بِإِتْلاَفِ المَالِ لاَ يُعَدُّ إِكْرَاهاً فِي القَتْلِ وَالطَّلاَقِ وَيُعَدُّ (و) إِكْرَاهاً فِي إِتْلاَفِ المَالِ، وَالطَرِيقَةُ الأُولَىٰ أَضَمُّ لِلنَّشْرِ، وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

(الخَامِسُ): زَوَالُ العَقْلِ بِالجُنُونِ، وَشُرْبِ الدَّوَاءِ (و) المُجَنِّنِ يَمْنَعُ نُفُوذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السَّكْرَانُ، فَيَقَعُ (م ز) طَلاَقُهُ فِي ظَاهِرِ النُّصُوصِ.

وقِيلَ: قَوْلاَنِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ؛ حَتَّىٰ فِي أَفْعَالِهِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ أَفْعَالُهُ، وَالقَوْلاَنِ فِي التَّصَرُّفَاتِ.

وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ وَحَدُّ السَّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ المَجْنُونَ فِي الاخْتِلاَطِ، فَإِنْ سَقَطَ

---

(1) قال الرافعي: «وإذا باع مال أبيه على ظَنّ أنه حَيّ إلى آخره» الخلاف قولان. [ت]

(2) وقال أيضاً: «وإذا باع مالاً عن ظَن أنه لأبيه» المسألة مذكورة في البيع. [ت]

(3) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(4) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(5) قال الرافعي: «أو ترك التورية مع العلم بها، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه» هذا وجه، والأصح أنه لا يقع الطلاق بترك التورية، وإن لم يدهش بالإكراه. [ت]

كَالمَغْشِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ كالنَّائِمِ، فَلاَ يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ[1].

(الرُّكْنُ الرَّابعُ: المَحَلُّ) وَهِيَ المَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلاَقَ إِلَىٰ نِصْفِهَا، نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عُضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح)؛ كَاليَدِ، وَالرَّأْسِ، وَالكَبِدِ، وَالطِّحَالِ، نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضَلاَتِ بَدَنِهَا؛ كَالرِّيقِ وَاللَّبَنِ وَالمَنِيِّ، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَكَذٰلِكَ إِلَى الجَنِينِ، وَالدَّمُ وَالشَّحْمُ كَالفَضَلاَتِ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَىٰ لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا، لَمْ يَنْفُذْ (و)، وَالرُّوحُ وَالحَيَاةُ كَالأَجْزَاءِ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَيَمِينُكِ طَالِقٌ، فَقُطِعَتْ، ثُمَّ دَخَلَتِ الدَّارَ، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ اليَمِينِ يَمِينُكِ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرُكِ أَوْ لِحْيَتُكِ طَالِقٌ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِعَدَمِ المُضَافِ إِلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ، وَنَوَىٰ، وَقَعَ (ح)، وَلاَ يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلاَقِ إِلَيْهَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَصْلِ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِىءُ رَحِمِي مِنْكِ، فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ:) الوِلاَيَةُ عَلَى المَحَلِّ، فَإِذَا قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ، وَلَمْ يَنْقُصِ العَدَدُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ، وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ، لَمْ يَقَعْ (ح)، وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ (ح)، إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ العَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، ثُمَّ عَتَقَ، فَدَخَلَتِ الدَّارَ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّالِثَةَ عِنْدَ التَّعْلِيقِ، لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ المُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لأَمَتِهِ: إِذَا وَلَدْتِ، فَوَلَدُكِ حُرٌّ؛ لأَنَّهُ مَلَكَ الأَصْلَ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ أَبَانَهَا، فَدَخَلَتْ، ثُمَّ نَكَحَهَا، فَدَخَلَتْ، لَمْ يَقَعِ (م و)[2] الطَّلاَقُ؛ لانْحِلاَلِ اليَمِينِ بِالدُّخُولِ الأَوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ؛ حَتَّىٰ نَكَحَهَا، فَفِي وُقُوعِ الطَّلاَقِ قَوْلاَ عَوْدِ الحِنْثِ، وَلَوِ اسْتَوْفَى الثَّلاَثَ بِالتَّنْجِيزِ، لَمْ يَعُدِ الحِنْثُ (و) فِي نِكَاحٍ بَعْدَهُ، وَمَنْ طَلَّقَ طَلْقَةً، أَوْ طَلْقَتَيْنِ، فَبَانَتْ، وَوَطِئَهَا زَوْجٌ آخَرُ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الأَوَّلِ، عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلاَقِ (ح م) وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلاَقُ المَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلاَثِ زَوْجاً آخَرَ، وَالحُرُّ يَمْلِكُ ثَلاَثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح و)[3]، وَالعَبْدُ يَمْلِكُ ثِنْتَيْنِ عَلَى الحُرَّةِ وَالأَمَةِ (ح و)[4]، فَلَوْ طَلَّقَ الذِّمِّيُّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ الْتَحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ، وَاسْتُرِقَّ كَانَ [ح و][5] لَهُ نِكَاحُ المُطَلَّقَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ طَرَأَ الرِّقُّ، لَمْ يَمْلِكْ إِلاَّ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرِّقِّ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، مَلَكَ طَلْقَتَيْنِ، وَالقَوْلُ الصَّحِيحُ الجَدِيدُ أَنَّ طَلاَقَ المَرِيضِ قَاطِعٌ (ح

---

(١) قال الرافعي: «فإن سقط كالمغشي عليه فهو كالنائم فلا ينفذ ما تلفظ به» الأوفق لإطلاق الأكثرين أنه على الخلاف السابق. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) سقط من أ.

و)[1] لِلمِيرَاثِ؛ كَطَلاَقِ الصَّحِيحِ، فَلاَ مَعْنَىٰ لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ؛ عَلَى القَوْلِ الضَّعِيفِ.

(البَابُ الثَّالِثُ: في تَعْدِيدِ الطَّلاَقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ في نِيَّةِ العَدَدِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ طَلَّقْتُك، وَنَوَىٰ، عَدَداً، نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَنَوَى الثَّلاَثَ، لَمْ يَقَعِ العَدَدُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الأَوْجُهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةً، وَنَوَىٰ تَوحُّدَهَا بِالبَيْنُونَةِ الكُبْرَىٰ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَى الأَصَحِّ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلاَثاً، بَعْدَ مَوْتِهَا، وَقَعَ الثَّلاَثُ (ح)، في وَجْهٍ، لأَنَّ الثَّلاَثَ كَالتَّفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ (ح) وَاحِدَةٌ في وَجْهٍ (و)، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ في وَجْهٍ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في التَّكْرَارِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْت طَالِقٌ، وَنَوَى التَّأْكِيدَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ نَوى الثَّلاَثَ، وَقَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيُحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَوِ التكرير. فيه قَوْلاَنِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ، وبالثَّانِيَةِ الإِيقَاعَ، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الأُولَى، لَمْ يَجُزْ (و)، لِتَخَلُّلِ الفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَطَالِقٌ، وَقَصَدَ بالثَّاني تَأْكِيدَ الأَوَّلِ، لَمْ يَجُزْ؛ لِتَخلُّلِ الوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّالِثَةِ تَأكِيدَ الثَّانِيَةِ، جازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَطَالِقٌ، فَطَالِقٌ، لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلاً؛ لِلتَّغَايُرِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً فَطَلْقَةً، نَصَّ عَلَىٰ وُقُوعِ اثْنَتَيْنِ، وَلَو قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ، فَدِرْهَمٌ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلاَّ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ. لأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيقُ بِالأَخْبارِ، دُونَ الإِنْشَاءِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، بَلْ طَلْقَتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلاَثُ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ، لَمْ يَلْزَمْ إِلاَّ دِرْهَمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ في المَدْخُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ المَدْخُولِ بِهَا، فَتَبِينُ بالأُولَىٰ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ طَلْقَةٍ، أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ، أَوْ تَحْتَ طَلْقَةٍ، أَوْ فَوْقَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ؛ وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ [معا][2]، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ، وَقَعَتِ اثْنَتَانِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ، أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ، وَقَعَتِ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ (و)، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ(ح) وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلاَ يَقَعُ شَيْءٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لاسْتِحَالَةِ طَلاَقٍ مَوْصُوفٍ بِالقَبْلِيَّةِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في الطَّلاَقِ بِالحِسَابِ)، وَهُوَ ثَلاَثَةُ أَقْسَامٍ:

(الأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً في اثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ الحِسَاب، كَانَ كَمَا نَوىٰ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ، قُبِلَ، وَلَمْ يَقَعْ مَا جَعَلَهُ ظَرْفاً، وَإِنْ أَرادَ الجَمْعَ، وَقَعَ، وَكَانَ في مَعْنَىٰ «مَعَ»، وَإِنْ أَطْلَقَ،

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وَهُوَ مِمَّنْ لاَ يَفْهَمُ الحِسَابَ، حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الحِسَابَ، وَلَكِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ الآنَ، فَيُحْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوِ الحِسَابِ، فِيهِ قَوْلاَنِ، وَالجَاهِلُ بِالحِسَابِ، إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ الحُسَّابُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لاَ يَدْرِي عَدَدَهُ، لَمْ تُؤَثِّرْ نِيَّتُهُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَذُّرِ إِرَادَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

(القِسْمُ الثَّانِي: فِي التَّجْزِئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ، أَوْ رُبُعَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلاَثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَثْلاَثِ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَقَعُ ثِنْتَانِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لِزِيَادَةِ الأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ، أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَقِيلَ: يَقَعُ ثِنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثَ وَرُبُعَ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثَ طَلْقَةٍ وَرُبُعَ طَلْقَةٍ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، فَهِيَ أَيْضاً طَلْقَةٌ.

وَقِيلَ: هِيَ ثَلاَثُ[1] طَلَقَاتٍ.

(القِسْمُ الثَّالِثُ فِي ٱلاشْتِرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَةً؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلاَثاً أَوْ أَرْبَعاً، فَإِنْ أَوْقَعَ خَمْسَ طَلْقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ طَلْقَتَيْنِ، فَإِنْ أَوْقَعَ تِسْعَ طَلْقَاتٍ، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ ثَلاَثاً، وَإِنْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً فَطَلْقَةً لِلاشْتِرَاكِ، فَإِنْ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ، فَنِيَّتُهُ لاَ تُقْبَلُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلْقَاتٍ، ثُمَّ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ؛ حَتَّىٰ يَتَعَطَّلَ الرَّابِعَةُ، لَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنْ قُبِلَ التَّخْصِيصُ فِي الثَّلاَثِ، وَلَوْ قَالَ لِثَلاَثٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلْقَةً، وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، وَنَوَى الطَّلاَقَ، وَقَعَتْ عَلَى الرَّابِعَةِ وَاحِدَةٌ.

وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَىٰ نِصْفِ الثَّلاَثِ، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ.

(البَابُ الرَّابِعُ: فِي ٱلاسْتِثْنَاءِ)

فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ، وَشَرْطُ ٱلاسْتِثْنَاءِ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلاً، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ مُقْتَرِناً بِاللَّفْظِ، فَلَوْ بَدَا لَهُ عَقِيبَ اللَّفْظِ ٱلاسْتِثْنَاءُ، لَمْ يَجُزْ، وَشَرْطُهُ أَلاَّ يَكُونَ مُسْتَغْرِقاً، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:

(الأَوَّلُ: فِي ٱلمُسْتَغْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ لِبُطْلاَنِ ٱلاسْتِثْنَاءِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَفِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَرَّقَهُ وَيُجْعَلُ مُسْتَغْرِقاً، وَفِي الثَّانِي يُخَصَّصُ البُطْلاَنُ

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: ثلث طلقة وربع طلقة وسدس طلقة فهي أيضاً طلقة، وقيل هي ثلاث» النظم يرجح الأول، والأصح الثاني. [ت]

بِالْوَاحِدَةِ، إِذْ بِهَا يَقَعُ ٱلاسْتِغْرَاقُ؛ وَعَلَىٰ هَذَا الخِلاَفِ يُبْتَنَىٰ (و) قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ المُسْتَثْنَى عَنْهُ، لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقاً؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلاَّ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ): ٱلاسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ، وَمِنَ الإِثْبَاتِ نَفْيٌ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَ ثِنْتَانِ؛ مَعْنَاهُ: إِلاَّ ثِنْتَيْنِ لاَ تَقَعُ إِلاَّ وَاحِدَةً، مِنَ الثِّنْتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً إِلاَّ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ؛ [وَقِيلَ تَقَعُ وَاحِدَةً][1] لأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ ٱلاسْتِغْرَاقِ؛ بِقَوْلِهِ إِلاَّ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاَثُ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْساً إِلاَّ ثَلاَثاً، وَقَعَ ثِنْتَانِ.

وَقِيلَ: الزِّيَادَةُ تَلْغُو؛ فَيَبْقَىٰ ٱلاسْتِثْنَاءُ مُسْتَغْرِقاً؛ وَعَلَىٰ هَذَا، لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعاً إِلاَّ ٱثْنَتَيْنِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (و)، وَعَلَى الأَوَّلِ، تَقَعُ ٱثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ نِصْفَ طَلْقَةٍ، وَقَعَ الثَّلاَثُ؛ لأَنَّهُ أَبْقَى النِّصْفَ، فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: ٱسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَٱسْتِثْنَاءِ الوَاحِدِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّعْلِيقِ بِالمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شَاءَ اللهُ، لَمْ يَقَعْ (م)[2]؛ لأَنَّهُ لاَ يَدْرِي؛ أَنَّهُ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ أَمْ لاَ؛ وَكَذَلِكَ فِي العِتْقِ (م)، وَنَصَّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، إِنْ شَاءَ اللهُ، لاَ يَكُونُ مُظَاهِراً، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا القَوْلِ فِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللهُ، يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ؛ لأَنَّ الاسْمَ لاَ يَحْتَمِلُ ٱلاسْتِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ، أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، إِنْ شَاءَ اللهُ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ بِقَوْلِ: «يَا طَالِقُ»، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً، يَا طَالِقُ، إِنْ شَاءَ اللهُ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَيَكُونُ قَوْلُهُ: «يَا طَالِقُ» وَصْفاً بِالثَّلاَثِ، فَيَرْجِعُ ٱلاسْتِثْنَاءُ إِلَى الثَّلاَثِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ لَمْ يَشَأْ اللهُ، أَوْ إِلا أن يَشَاءَ اللهُ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لِلجَهْلِ بِالمَشِيئَةِ؛ وَلأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ الوُقُوعُ عَلَىٰ خِلاَفِ المَشِيئَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَلْغُو وَيَقَعُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِلاَّ أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيَتَبَيَّنُ وُقُوعُهُ أَوَّلاً، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ يَقَعُ؛ لأَنَّ ٱلاسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكاً فِيهِ.

وَقِيلَ: لاَ يَقَعُ؛ لأَنَّ عَدَمَ الدُّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ، وَصَارَ مَشْكُوكاً فِيهِ.

(البَابُ الخَامِسُ: فِي الشَّكِّ فِي الطَّلاَقِ)

فَإِذَا شَكَّ، هَلْ طَلَّقَ أَمْ لاَ؟ فَالأَصْلُ عَدَمُ الطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَاباً، فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَاباً، فَٱمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَأَشْكَلَ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَىٰ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتُهُ،

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله لم يقع شيء» هذا وجه، والأشبه بالترجيح وقوع طلقة لقوله: يا طالق. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَاباً، فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِلاَّ فَعَمْرَةُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُما، وَلَوْ جَرَىٰ مِنْ شَخْصَيْنِ في عَبْدَيْنِ، تَصَرَّفَا فِيهِما، فَلَوِ اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا العَبْدَ الآخرَ، صَارَ مَحْجُوراً فِيهِمَا.

وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ لِلحَجْرِ المُشْتَرَىٰ، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، وَنَسِيَ، فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلى التَّذَكُّر، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الأَجْنَبِيَّةَ، قُبِلَ؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتَيْهُ، لَزِمَهُ (م) التَّعْيِينُ عَلَىٰ الفَوْرِ، وَعَصَىٰ، بِالتَّأخِيرِ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُمَا إِلَى البَيَانِ، وَيَقَعُ الطَّلاَقُ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالتَّعْيِينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْبَنِي وَقْتُ احْتِسَابِ العِدَّةِ، وَلَوْ وَطِىءَ إِحْدَاهُمَا، وَقُلْنَا: يَقَعُ الطَّلاَقُ بِاللَّفظِ، كَانَ تَعْيِيناً، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعْيِينِ، لَمْ يُؤَثِّرِ الوَطْءُ، وَلَوْ مَاتَتَا (و ح) لَمْ تَسْقُطِ المُطَالَبَةُ بِالتَّعْيِينِ لأَجْلِ المِيرَاثِ، وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَقَعُ بِالتَّعْيِينِ، فَيَتَبَيَّنُ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَ المَوْتِ؛ عَلَىٰ هَذَا الوَجْهِ، أَو عِنْدَ الإِبْهَامِ لِلضَّرُورَةِ، فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذِهِ، بَلْ هَذِهِ، كَانَ إِقْرَاراً بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ وَهَذِهِ، تَعَيَّنَتِ الأُولَىٰ، وَلَوْ قَالَتْ فِي مَسْأَلَةِ الغُرَابِ: كَانَ غُرَاباً، وَأَنَا طَالِقٌ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى البَتِّ؛ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَاباً أَو يَنْكُلَ، وَلاَ يَكْفِيهِ اليَمِينُ، لاَ عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، وَلاَ عَلَى النِّسْيَانِ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَاتَتَا، فَهَلْ لِلوَارِثِ التَّعْيِينُ؛ لأَجْلِ المِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ «أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ»، وَلَيْسَ لَهُ إِنْشَاءُ التَّعْيِينِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَاباً، فَعَبْدِي حُرٌّ، وَإِلاَّ فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، فَفِي وَجْهٍ؛ يُعَيِّنُ الوَارِثُ، وَفِي وَجْهٍ؛ نُقْرِعُ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّ القُرْعَةَ تَعْمَلُ فِي العِتْقِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى العَبْدِ، عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى المَرْأَةِ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ إِذْ لاَ أَثَرَ لِلقُرْعَةِ فِي الطَّلاَقِ، وَهَلْ يَرِقُّ العَبْدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الشَّطْرُ الثَّاني مِنَ الْكِتَابِ: في التَّعْلِيقاتِ، وَفِيهِ فُصُولٌ وَفُرُوعٌ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في التَّعْلِيقِ بالأوْقَاتِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ في شَهْرِ رَمَضَانَ، طُلِّقَتْ عِنْدَ ٱسْتِهْلاَلِ الهِلاَلِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: في يَوْمِ السَّبْتِ، فَعِنْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضانَ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنْهُ.

وَقيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النِّصْفِ الأَخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ، فَهُوَ أَوَّلُ اليَوْمِ الأَخِيرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلَ النِّصْفِ الآخِرِ.

وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الأَوَّلِ، فَهُوَ آخِرُ اليَوْمِ الأَوَّلِ.

وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الأُولَىٰ.

وَقِيلَ: آخِرَ النِّصْفِ الأَوَّلِ.

وَلَوْ قَالَ: في سَلْخِ الشَّهْرِ، فَهُوَ آخِرُ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ.

وَقِيلَ: أَوَّلَ اليَوْمِ الأَخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ: إِذَا مَضَىٰ يَوْمٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتُطَلَّقُ آخِرَ الغَدِ، وَلَوْ قَالَ: بِالنَّهارِ، فَإِذَا عَادَ إِلَىٰ مِثْلِ ذَلِكَ الوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَعِنْدَ أَوَّلِ هِلاَلِ المُحرَّم، وَإِنْ كَانَ قَرِيباً، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَإِلَىٰ مُضِيِّ اثْنَىٰ عَشَرَ شَهْراً، والشَّهْرُ الأَوَّلُ المِنْكَسِرُ يُكَمَّلُ ثَلاَثِينَ يَوْماً مِنَ الآخِرِ، وَيُحْتَسَبُ (ح) أَحَدَ عَشَرَ شَهْراً بالأَهِلَّةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالأَمْسِ، لَمِ يُسْتَنَدْ إِلَى الأَمْسِ، وَيَقَعُ فِي الحَالِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ الآنَ طَلاَقاً يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى المَاضِي، نَفَذَ في الحَالِ، وَلَمْ يَنْعَكِسْ.

وَقِيلَ: يَلْغُو؛ لأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طِرْتُ أَوْ صَعِدْتُ إِلى السَّمَاءِ، أَوْ أَحْيِيتُ مَيِّتاً.

وَقِيلَ في التَّعْلِيقِ بِالصُّعُودِ وَالإِحْيَاءِ: إِنَّهُ أَيْضاً يَقَعُ (و).

وَقِيلَ في الإِحْيَاءِ: «يَقَعُ» دُونَ الصُّعُودِ؛ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلاَنٍ بِشَهْرٍ، أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ، ثُمَّ مَاتَ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ، تَبَيَّنَ (و) وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ غَداً، أَوْ غداً أَمْسِ، وَقَعَ اليَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ في الشَّهْرِ المَاضِي، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، أَوْقَعْتُهَا بالأَمْسِ، قُبِلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجاً آخَرَ طَلَّقَهَا، أَوْ طَلَّقْتُهَا، وَأَبَنْتُهَا، ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً فِي كُلِّ سَنَةٍ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ طَلْقَةً وَاحِدَةً في الحَالِ، وَالثَّانِيَةَ أَوَّلَ المُحَرَّمِ، إِنْ أَرَادَ السِّنِينَ العَرَبِيَّةَ، وَإِلاَّ فَإِلَى أَنْ تَنْقَضِيَ سَنَةٌ كَامِلَةٌ.

وَلَوْ قَالَ: في كُلِّ يَوْمٍ طَلْقَةً، طُلِّقَتْ في الحَالِ طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَالثَّانِيَةَ صَبِيحَةَ الغَدِ، فَإِنْ قَالَ:

أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلْقَتَيْنِ يَوْمٌ، فَيُدَيَّنُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في التَّعْلِيقِ بِالتَّطْلِيقِ وَنَفْيِهِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكِ، أَوْ «إِذَا»، أو «مَهْمَا»، أَوْ مَتَىٰ مَا طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا طَلَّقَهَا طُلِّقَتْ طَلْقَتَيْنِ، بَعْدَ الدُّخُولِ، وَطَلْقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لأَنَّ المُعَلَّقَ يُصَادِفُ حَالَ البَيْنُونَةِ وَكذلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذلِكَ لأَنَّ الجزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلكِنَّ ذَلِكَ لِلمُضَادَّةِ، وَإِنْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَىٰ صِفَةٍ، وَوُجِدَتْ، فَهُوَ تَطْلِيقٌ، وَمُجَرَّدُ الصِّفَةِ لَيْسَ إِيقَاعاً، وَهُوَ وُقُوعٌ، وَمُجَرَّدُ ٱلتَّعْلِيقِ لَيْسَ بِإِيقَاعٍ وَلاَ وُقُوعٍ، وَلَوْ قَالَ، وَلَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، فَعَبْدٌ مِنْ عَبِيدِي حُرٌّ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ٱثْنَتَيْنِ، فَعَبْدَانِ، وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلاثاً، فَثَلاَثَةُ أَعْبُدٍ، وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعاً، فَأَرْبَعَةُ أَعْبُدٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الأَرْبَعَ، عَتَقَ عَشَرَةُ أَعبُدٍ؛ لأَنَّهُ حَنِثَ في الأَيْمَانِ الأَرْبعَةِ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَّلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْداً؛ لأَنَّ في الأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ آحَادٍ، وَٱثْنَيْنِ مَرَّتَيْنِ، وَثَلاَثَةً مَرَّةً، وَأَرْبَعَةً مَرَّةً.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنما يَتَبَيَّنُ عَدَمُ الطَّلاَقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قُبَيْلَ المَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ، فَأَنْتَ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ، إِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، عَلَى الفَوْرِ.

وَقِيلَ في لُزُومِ الفَوْرِ قَوْلاَنِ في المَسْأَلَتَيْنِ، وَحَيْثُ لاَ يُعْتَبَرُ الفَوْرُ يَحْصُلُ اليَأْسُ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالمَوْتِ، وَلكِنَّ تَوَهُّمَ الإِفَاقَة يَمْنَعُ الطَّلاَقَ، فَإِذَا مَاتَ مَجْنُوناً، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قُبَيْلَ الجُنُونِ، وَلَو ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَلاَقٍ، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ قَبْلَ ٱلانفِسَاخِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الطَّلاَقُ رَجْعِيّاً، فَيُؤَدِّي تَقَدُّمُهُ عَلَىٰ ٱلانفِسَاخِ إِلَى الدَّوْرِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الفَسْخِ، وَطَلَّقَهَا، فَقَدْ حَصَلَ البِرُّ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا، وَجَوَّزْنَا عَوْدَ الحِنْثِ، طُلِّقَتْ في النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ المَوْتِ، وَإِنْ لَمْ نَرَ عَوْدَ الحِنْثِ، وَجَبَ إِسْنَادُ الطَّلاَقِ إِلَىٰ مَا قَبْلَ الفَسْخِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ، أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا لِلتَّعْلِيلِ؛ فَيَقَعُ في الحَالِ إِلاَّ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللُّغَةَ، فَهُوَ تَعْلِيقٌ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّعْلِيقِ بِالحَمْلِ وَالوِلاَدَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولىٰ): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ في الحَالِ؛ لِلشَّكِّ، لَكِنْ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، تَبَيَّنَ وُقُوعُ الطَّلاَقِ، وَإِنْ كَانَ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلاَ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا، فَقَوْلاَنِ.

وَالأَظْهَرُ أَنَّ الوَطْءَ لاَ يَحْرُمُ في الحَالِ؛ كَمَسْأَلَةِ الغُرَابِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْرُمُ إِلَىٰ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بِقُرْءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَبِثَلاَثَةِ أَقْرَاءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَبِالأَشْهُرِ؛ في حَقِّ الصَّبِيَّةِ المُرَاهِقَة (و).

وَفي حَقِّ الآيِسَةِ، هَلْ يُكْتَفَىٰ بِالإِيَاسِ دَلاَلَةً فِيهِ خِلاَفٌ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَائِلاً، فَحُكْمُهُ مَا سَبَقَ، وَلكِنْ عَلَى العَكْسِ؛ فَحَيْثُ يَقَعُ في

الحَمْلِ، لاَ يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّحْرِيمُ أَوْلَىٰ فِي الحِيَالِ؛ لأَنَّ الأَصْلَ الحِيَالُ، وَلَوْ ٱنْقَضَتِ الأَقْرَاءُ، وَقَعَ الطَّلاَقُ، لِظُهُورِ الحِيَالِ، وَيَحْتَمِلُ (و) أَلاَّ يَقَعَ؛ لأَنَّهُ لاَ يُوجِبُ اليَقِينَ، وَالصِّفَةُ لاَ بُدَّ مِنَ ٱسْتِيفَائِهَا.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً بِذَكَرٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً بِأُنْثَىٰ، فَطَلْقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ ذَكَراً وأُنْثَىٰ، وَقَعَتْ ثَلاَثاً، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكِ كَذَا وَكَذَا، لَمْ تُطَلَّقْ لأَنَّهُ يَخُصُّ الجِنْسَ، وَإِنْ أتت بِذَكَرَيْنِ، قِيلَ: طُلِّقَتْ وَاحِدَةً.

وَقِيلَ: لاَ؛ لأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيد.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَداً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ، طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ، وَٱنْقَضَتْ (م) عِدَّتُهَا بِالثَّانِي، فلَوْ قَالَ: «كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَداً، لَمْ تُطَلَّقْ بِالثَّانِي فِي القَوْلِ الجَدِيدِ، لأَنَّهُ طَلاَقٌ قَارَنَ ٱنْقِضَاءَ العِدَّةِ؛ وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَداً، فَطَلْقَةٌ[1]، وَإِنْ كَانَ ذَكَراً، فَطَلْقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ غُلاَماً، طُلِّقَتْ ثَلاَثاً؛ لِلْحِنْثِ فِي اليَمِينِ، وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلَ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ، فَصَوَاحِبَاتُهَا طَوَالِقُ، فَوَلَدْنَ عَلَىٰ تَعَاقُبٍ وتَقَارُبٍ، طُلِّقَتِ الأُولَىٰ والرَّابِعَةُ ثَلاَثاً، وَطُلِّقَتِ الثَّانِيَةُ وَاحِدَةً، وَطُلِّقَتِ الثَّالِثَةُ طَلْقَتَيْنِ، فَيُلْتَفَتُ إِلَىٰ عَدَدِ صَاحِبَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَإِلَى ٱنْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوِلاَدَتِهَا.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي التَّعْلِيقِ بِالحَيْضِ)، فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ حَيْضَةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، طُلِّقَتْ بِتَمَامِ الحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ، طُلِّقَتْ إِذَا مَضَىٰ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الحَيْضِ، لكِنْ بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ بِأَوَّلِ الحَيْضِ؛ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ.

وَلَوْ قَالَ لِلحَائِضِ: إِنْ حِضْتِ، فَلاَ تُطَلَّقُ إِلاَّ بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا، وَفِي إِضْمَارِهَا البُغْضَ؛ لأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ، لاَ فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَفْعَالِهَا، وَفِي زِنَاهَا وَوِلاَدَتِهَا خِلاَفٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتِ، فَضَرَّتُكِ طَالِقٌ، لَمْ يُقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَّةِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حِضْتُمَا جَمِيعاً، فَأَنْتُمَا طالِقَتَانِ، وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَىٰ، طُلِّقَتِ المُكَذَّبَةُ دُونَ المُصَدَّقَةِ؛ لأَنَّ المُكَذَّبَةُ ثَبَتَ حَيْضُ ضَرَّتَهَا فِي حَقِّهَا بِتَصْدِيقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا؛ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا، وَأَمَّا المُصَدَّقَةُ، فَلَمْ يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتِهَا؛ مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لأَرْبَعٍ، ثُمَّ صَدَّقَ ٱثْنَتَيْنِ فَقَطْ، لَمْ تُطَلَّقْ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلاَثاً، طُلِّقَتِ المُكَذَّبَةُ.

(الفَصْلُ الخَامِسُ: فِي التَّعْلِيقِ بِالمَشِيئَةِ)، فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ فِي الحَالِ: شِئْتُ، طُلِّقَتْ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تُطَلَّقْ(و)، وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ، فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، فَفِي وُجُوبِ الفَوْرِ خِلاَفٌ (ح م) وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَىٰ مَشِيئَةِ زَوْجَتِهِ الغَائِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتِ، وَشَاءَ أَبُوكِ، فَهَلْ يُعْتَبَرُ الفَوْرُ فِي مَشِيئَةِ أَبِيهَا؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ، لَمْ تُطَلَّقِ (ز) إِذِ المَشِيئَةُ لاَ تُعَلَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاَثاً إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ أَبُوكِ وَاحِدَةً، فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً، لَمْ تُطَلَّقْ

---

(١) في أ: فطلقة واحدة.

(و) أَصْلاً.

وَقِيلَ: تُطَلَّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ، وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِناً، طُلِّقَتْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتِ الصَّبِيَّةُ: شِئْتُ، فَوَجْهَانِ، وَلاَ نَظَرَ [لِقَبُولِ][1] المَجْنُونَةِ.

(الفَصْلُ السَّادِسُ: في مَسَائِلِ الدَّوْرِ)، فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً، ٱنْحَسَمَ بَابُ الطَّلاَقِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِذَا نَجَّزَ وَاحِدَةً، وَقَعَتْ تِلْكَ الوَاحِدَةُ.

وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلاَثُ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ.

وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ آلَيْتُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ، أَوْ فَسَخْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئاً مُبَاحاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، فَوَطِيءَ، فَلاَ خِلاَفَ أَنَّهَا لا تُطَلَّقُ قَبْلَهُ. وَمِنَ الدوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاَثاً.

(الْقِسْمِ الثَّانِي: في فُرُوعِ التَّعْلِيقَاتِ)، فَنَذْكُرُهَا أَرْسَالاً.

وَجُمْلَةُ نَظَرِنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ، إِذَا عُلِّقَ عَلَيْهَا، فَلْنَذْكُرِ الصِّفَاتِ؛ حَتَّى لا نُطَوِّلَ، فَنَقُولُ: تَعْلِيقُ الطَّلاَقِ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلِفاً، سَوَاءٌ كَانَ بِصِيغَةِ «إِنْ» أَوْ «إِذَا»، وَبِالأَفْعَالِ، حَلِفٌ بِالصِّيغَتَيْنِ، وَبِأَكْلِ رُمَّانَةٍ، يَحْنَثُ في التَّعْلِيقِ بِهَا، وَبِنِصْفِ رُمَّانَةٍ، وَالْبِشَارَةُ هِيَ الخَبَرُ [ح][2]. الأَوَّلُ، وَالكَذِبُ خَبَرٌ كَالصِّدْقِ، فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرَةُ، فَأَجَابَتْ حَفْصَةُ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرَةَ، طُلِّقَت حَفْصَةُ ظَاهِراً، وفي عَمْرَةَ تَرَدُّدٌ[3] (و ح)؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلاَّ مُجَرَّدُ النِّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضاً، وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، لَمْ تُحَرَّمْ بِالطَّلْقَتَيْنِ؛ لِمُقَارَنَةِ العِتْقِ.

وَقِيلَ: تُحَرَّمُ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَ زَوْجَتِهِ المَمْلُوكَةِ لأَبِيهِ عَلَىٰ مَوْتِ أَبِيهِ، لَمْ يَنْفُذْ؛ لأَنَّهُ وَقْتُ ٱنْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالْمِلْكِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلاَنٌ، فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ، طُلِّقَتْ في الحَالِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَبَيَّنَ الوُقُوعُ أَوَّلَ النَّهَارِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَوْ قَدِمَ لَيْلاً، لَمْ تُطَلَّقْ أَصْلاً؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

---

(١) في أ: قوله.
(٢) سقط من أ.
(٣) قال الرافعي: «وإذا قال: يا عمرة فأجابت حفصة فقال: أنت طالق ثم قال: حسبت، عمرة طلقت حفصة ظاهراً، وفي عمرة تردد» الترتيب المشهور أن عمرة لا تطلق، وفي حفصة وجهان أحدهما: أنها تطلق. [ت]

طَالِقٌ هَكَذَا، وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ، طُلِّقَتْ ثَلَاثاً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ كَلَّمْتِ زَيْداً، إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَمَعْنَاهُ تَعْلِيقُ التَّعْلِيقِ، فَإِذَا كَلَّمَتْ زَيْداً أَوَّلاً، تَعَلَّقَ طَلَاقُهَا بِالدُّخُولِ.

وَلَوْ قَالَ: أَرْبَعَتُكُنَّ طَوَالِقُ إِلاَّ فُلَانَةَ[1] لَمْ يَصِحَّ (و) هَذَا ٱلاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ القَاضِي حُسَيْنٍ[2] رَحِمَهُ اللهُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: هَؤُلَاءِ الأَعْبُدُ الأَرْبَعَةُ لِفُلَانٍ إِلاَّ هَذَا الوَاحِدَ[3]، لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ فِي المُعَيَّنِ لَا يُعْتَادُ.

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقْتَ زَوْجَتَكَ؛ ٱسْتِخْبَاراً؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَاراً، وَإِنْ كَانَ لالْتِمَاسِ الإِنْشَاءِ، فَهُوَ صَرِيحٌ؛ فِي قَوْلٍ.

وَكِنَايَةٌ؛ فِي قَوْلٍ.

وَلَوْ قَالَتْ: (مَرا طلاق ده)، فَقَالَ: (دازم)، فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مُعْتَاداً فِيهِ، وَيَكُونُ صَرِيحاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ الدَّلَّالُ لِبَائِعِ المَتَاعِ: بِعْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَاباً مَعَ المُشْتَرِي[4].

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَكَ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لا، فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِتَمْيِيزِ النَّوَاةِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ، فَبَدَّدَتْ، بَرَّتْ، إِذَا لَمْ يَكُنْ نِيَّتُهُ (و) التَّفْرِيق. وَلَو عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى ابْتِلَاعِ تَمْرَةٍ فِي فِيهَا، وَعَلَى القَذْفِ وَالإِمْسَاكِ، بَرَّتْ بِأَكْلِ النِّصْفِ،

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة» قد سبق في الإقرار أن الظاهر صحة الاستثناء عن المعينات كصحته عن المطلقات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «القاضي حسين»: هو أبو علي الحسين بن محمد المروزي إنه كان كبيراً غوّاص في الدقائق، من أصحاب أبي بكر القفّال، وله «التعليق الكبير والأصحاب الغر الميامين، وسمعت سبطه الشيخ الحسن بن محمد بن الحسين بن محمد بن القاضي الحسين بـ «الري» يقول أتى القاضي رجل فقال: حلفتُ بالطّلاق أنه ليس أحد في الفقه والعلم مثلك، فأطرق رأسَه ساعةً وبكى، ثم قال: هكذا يَفْعَل مَوْتُ الرجال لا يقعُ طلاقُك يا هذا، سمع الحديث من أبي طاهر الزّيادي وأبي بكر الحيري وعبد الله بن يوسف، وروى عنه صاحبه الشيخ الحسين الفرّاء وغيره، وكان يقال له: صبر الأمة. [ت]

ينظر ترجمته في: طبقات العبادي ١١٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦٤، وفيات الأعيان ٢/١٣٤ ـ ١٣٥، العبر ٣/٢٤٩، دول الإسلام ١/٢٧١، مرآة الجنان ٣/٨٥، طبقات السبكي ٤/٣٥٦ ـ ٣٦٥، طبقات الإسفوي ١/٤٠٧ ـ ٤٠٨، تبصير المنتبه ٤/١٣٥٧، طبقات ابن هداية الله ١٦٣ ـ ١٦٤، كشف الظنون ١/٤٢٤، ٥١٧، شذرات الذهب ٣/٣١٠، إيضاح المكنون ٢/١٨٨.

(٣) قال الرافعي: «كما لو قال: هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد» جعله كالأصل المفروع عنه والظاهر صحة الاستثناء، وبه أجاب في «الإقرار» حيث قال: الاستثناء عن الغير صحيح كقوله: هذه الدّار لفلان إلاّ ذلك البيت، والخاتم إلا الفص، وهؤلاء العبيد إلا واحداً. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولو قال الدّلال البائع المتاع بعت فقال: نعم لم يكن هذا خطاباً مع المشتري» يريد أنه جواب الدّلال، ولا يصح البيع بذلك، والذي رجح أنه إذا قبل المشتري العقد البيع. [ت]

وَلَوْ عَلَّقَ بِالنُّزُولِ مِنَ السُلَّمِ، وَبِالصُّعُودِ، وَالوُقُوفِ، تَخَلَّصَتْ بِالطَّفْرَةِ وبِالحَمْلِ وَالانْتِقَالِ إِلَىٰ سُلَّمٍ آخَرَ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ، تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَّانَةِ، وَفُتَاتٍ مِنَ الرَّغِيفِ، وَمَهْمَا كَانَ لِلَفْظِهِ مَفْهُومٌ في العُرْفِ، وَوَضْعٌ في اللِّسَانِ، فَعَلَىٰ أَيِّهِمَا يُحمَلُ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ لاَ يُضْبَطُ، بَلْ تَارَةً يُرَجِّحُ العُرْفُ، وَتَارَةً اللُّغَةُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلاَفِ دَرَجَاتِ العُرْفِ وَظُهُورِ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَتْ: يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذلِك، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ [المُكَافَأَةَ][1]، طُلِّقَتْ [بِكُلِّ حَالٍ][2]، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ، فَلاَ تُطَلَّقُ إِلاَّ بِوُجُودِ الخسَّةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَالعُرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ اللَّفْظُ عَلَى المُكَافَأَةِ، فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصِّيغَةُ لِلتَّعْلِيقِ، وَهُوَ أَوْلَىٰ هَهُنَا، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَىٰ مُخَالَفَتِهَا لِلأَمْرِ، ثُمَّ قَالَ: لاَ تُكَلِّمِي زَيْداً، فَكَلَّمَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهيِ، وَهَذَا يُنازِعُ فِيهِ العُرْفُ. وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ، فَقَالَ: قُومي، فَقَعَدَتْ، قِيلَ: إِنَّهَا طُلِّقَتْ؛ لأَنَّ الأَمْرَ بِالشَّيءِ نَهْيٌ عَنْ ضِدِّهِ، وَهُوَ فَاسِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلىٰ حِينٍ، أَوْ زَمَانٍ، طُلِّقَتْ (ح م) بَعْدَ لَحْظَةٍ وَكَذَلِكَ قَالُوا في العَصْرِ وَالحُقُبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى الضَّرْبِ، لَمْ يَحْنَثْ بِالضَّرْبِ مَيْتاً، وَالمَسُّ بَعْدَ المَوْتِ مَسٌّ، وَلَمْسُ الشَّعَرِ وَالظُّفُرِ لاَ يُحْنِثُ، وَالقُدُومُ بِالمَيِّتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ المَيِّتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ المَيِّتِ رُؤْيَةٌ (و)، وَالرُّؤْيَةُ في المَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ(و)، وَفي الْمِرْآةِ فِيهِ تَرَدُّدُ (و م)، وَرُؤْيَةُ(و) غَيْرِهَا الْهِلاَلَ كَرُؤْيَتِها، وَالهَمْسُ بِالْكَلاَمِ بِحَيْثُ لاَ يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلاَمٍ؛ وَكَذَلِكَ عَلَىٰ مَسَافَةٍ لاَ تُسْمِعُ، فَإِنْ حَمَلَ الرِّيحُ الصَّوْتَ، فَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَعَ الذُّهُولُ أَوِ اللَّغَطُ السَّمَاعَ، فَهُوَ كَلاَمٌ (و)، وَكُلُّ فِعْلٍ عُلِّقَ بِهِ، فَإِذَا حَصَلَ مِنَ المُكْرَهِ أَوِ النَّاسِي، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنْعَهَا عَنِ المُخَالِفَةِ، فَنَسِيَتْ، لَمْ تُطَلَّقْ.

---

(1) في أ: المكافأت.

(2) في أ: من الحال.

(كِتَابُ الرَّجْعَةِ[1]، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الأَوَّلُ: في أَرْكَانِهَا)، وهي أَرْبَعَةٌ:

الْمُوجِبُ لَهَا، وَهُوَ كُلُّ طَلاَقٍ يَسْتَعْقِبُ عِدَّةً، وَلاَ عِوَضَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ الطَّلاَقِ.

(الثَّانِي): الْمُرْتَجِعُ، وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ النِّكَاحِ.

(الثَّالِثُ: الصِّيغَةُ)، وَصَرِيحُهَا قَوْلُهُ: رَجَعْتُ، وَرَاجَعْتُ، وَارْتَجَعْتُ، وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَىٰ النِّكَاحِ، فِيهِ خِلاَفٌ (و)؛ وَكَذَلِكَ لَفْظُ الإِمْسَاكِ، وَالتَّزْوِيجُ صَرِيحٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَكِنَايَةٌ، عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلغْوٌ، عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ صَرَائِحَهُ مَحْصُورَةٌ، وَقَوْلُهُ: «أَعَدْتُ الْحِلَّ، وَرَفعْتُ التَّحْرِيمَ» لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَالأَصَحُّ أَنَّ الكِنَايَةَ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا؛ لأَنَّ الصَّحِيحَ الجَدِيدَ؛ أَنَّ الإِشْهَادَ لاَ يُشْتَرَطُ

---

(١) الرّجعة: قال في «المصباح»: بالفتح بمعنى الرجوع، وفلان يؤمن بالرّجعة، أي بالعود إلى الدنيا. وأما الرجعة بعد الطّلاق، ورجعة الكتاب فبالفتح والكسر، وبعضهم يقتصر في رجعة الطلاق على الفتح، وهو أفصح.

قال ابن فَارِسٍ: والرّجعة مراجعة الرجل أهله، وقد نكر، وهو تمليك الرجعة على زوجته، وطلاق رجعي بالوجهين أيضاً. ا هـ.

وفيه رجعت المرأة إلى أهلها، بموت زوجها أو طلاق، فهي راجع.

ومنهم من يفرق فيقول: المطلَّقة مردودة، والمتوفى عنها راجع.

قال صاحب «المختار»: رجع الشّيء بنفسه من باب «خلس» ورجعة غيره من باب «قطع»، وقوله تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إلى بَعضٍ القَوْلَ﴾ أي يَتَلاَوَمُونَ.

والرُّجْعَىٰ الرجوع، وكذا المرجع، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَى رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ﴾ وهو شاذٌ؛ لأن المصادر من فعَل إنما تكون بالفتح.

وَرَجعة بفتح الراء وكسرها، والفتح أفصح، والراجع المرأة يموت زوجها، فترجع إلى أهلها وأما المُطَلَّقَةُ: فهي المَرْدُودَةُ.

والرَّجْعُ: المطر، قال: تعالى: ﴿وَالسَّمَاءِ ذاتِ الرَّجْعِ﴾.

وقيل: معناه: النفع.

والمراجعة المعادة، يقال: راجعه الكلام، وراجع امرأته فهي لغة: المرَّةُ من الرُّجوع.

واصطلاحاً:

عَرَّفها الحنفيةُ بأنها: استدامة المِلْكِ القائم في العدة، بِرَدِّ الزوجة إلى زوجها، وإعادتها إلى حالتها الأولى.

عرَّفها الشَّافعية بأنها: رَدُّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بَائِنٍ من العدة، على وجه مخصوص.

عرَّفها المالكيةُ بأنها: عَوْدُ الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

عرَّفها الحنابلةُ بأنها: إعَادَةُ المطلقة غير بائن، إلى ما كانت عليه بغيرِ عقد.

ينظر: الاختيار ٢/ ١٠٠، حاشية الدسوقي ٢/ ٤١٥، كشاف القناع ٥/ ٣٤١.

فِيهَا[١]، وَالتَّعْلِيقُ لاَ يَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا؛ بِخِلاَفِ الطَّلاَقِ، وَلاَ تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالوَطْءِ [ح][٢] وَسَائِرِ الأَفْعَالِ.

(الرَّابِعُ: المَحِلُّ)، وَهِيَ المُعْتَدَّةُ القَابِلَةُ لِلْحِلِّ، فَلَوِ ٱرْتَدَّتْ، فَرَاجَعَهَا، فَرَجَعَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ، لَزِمَ ٱسْتِئْنَافُ الرَّجْعَةِ، وَإِذَا ٱنْقَضَتِ العِدَّةُ، فَلاَ رَجْعَةَ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا العِدَّةَ بِالإِتْيَانِ فِي غَيْرِ المَأْتَىٰ، أَوْ بِالخَلْوَةِ، ثَبَتَتِ (ح) الرَّجْعَةُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَإِذَا ٱدَّعَتِ ٱنْقِضَاءَ العِدَّةِ بِوَضْعِ الحَمْلِ، مَيْتاً أَوْ حَيّاً، نَاقِصاً أَوْ كَامِلاً، صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا؛ فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الأُولَى ٱنْقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِهَا، وَفِي المُضْغَةِ قَوْلاَنِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الإِمْكَانِ، وَإِمْكَانُ الوَلَدِ الكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الوَطْءِ، وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ، إِلَىٰ مائةٍ وَعِشْرِينَ يَوْماً، وإِمْكَانُ اللَّحْمِ، إِلَىٰ ثَمَانِينَ يَوْماً، وَإِمْكَانُ ٱنْقِضَاءِ الأَقْرَاءِ، إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطُّهْرِ، ٱثْنَانِ وَثَلاَثُونَ يَوْماً [ح][٣] وَلَحْظَتَانِ، وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الحَيْضِ، سَبْعَةٌ (ح) وَأَرْبَعُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ، وَفِي المُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ القُرْءَ هُوَ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِحَيْضٍ، فَلاَ أَقَلَّ مِنْ ثَلاَثَةِ أَطْهَارٍ وَثُلُثِ حَيْضٍ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْماً [وَلَحْظَتَانِ][٤]، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّةِ الإِمْكَانِ؛ عَلَىٰ خِلاَفِ عَادَتِهَا؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَإِذَا وَطِئَهَا بَعْدَ قُرْءَيْنِ، ٱسْتَأْنَفَتْ ثَلاَثَةَ أَقْرَاءٍ، وَلاَ رَجْعَةَ إِلاَّ فِي الأَوَّلِ مِنْهَا، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، فَوَضَعَتْ، رَجَعَتْ إِلَى بَقِيَّةِ الأَقْرَاءِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَفِيهَا الرَّجْعَةُ، وَهَلْ تَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الحَمْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ الرَّجْعِيَّةِ)، وَهِيَ مُحَرَّمَةُ (ح) الوَطْءِ، وَلَكِنْ لاَ حَدَّ فِي وَطْئِهَا، وَيَجِبُ المَهْرُ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْهَا، وَإِنْ رَاجَعَهَا، فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ، وَالنَّصُّ فِي المُرْتَدَّةِ، إِذَا وَطِئَهَا، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الإِسْلاَمِ؛ أَنْ لاَ مَهْرَ.

وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَيَصِحُّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى الجَدِيدِ[٥]، وَلاَ خِلاَفَ فِي صِحَّةِ الإِيلاَءِ وَالظِّهَارِ[٦] وَاللِّعَانِ وَالطَّلاَقِ وَجَرَيَانِ التَّوَارُثِ وَلُزُومِ النَّفَقَة، وَلَوْ قَالَ: زَوْجَاتِي طَوَالِقُ، اندَرَجَتْ تَحْتَهُ؛ عَلى الأَصَحِّ، وَإِنِ ٱشْتَرَاهَا، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، فَعَلَيْهِ ٱلاسْتِبْرَاءُ؛ لأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَإِن ٱدَّعَىٰ أَنَّهُ رَاجَعَ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا؛ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ.

وَقِيلَ: هُوَ المُصَدَّقُ؛ إِذِ الأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكِ الآن، فَقَالَتِ: ٱنْقَضَتْ عِدَّتِي

---

(١) قال الرافعي: «الصحيح الجديد: أن الإشهاد لا يشترط فيها» هذا يشعر بأن القديم الاشتراط، والأكثرون نقلوا الاشتراط عن «الإملاء»، وقالوا قوله في القديم، والجديد عدم الاشتراط. [ت]

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لحظة.

(٥) قال الرافعي: «ويصح مخالفتها على الجديد» قد سبقت المسألة في الخلع، لكنه أرسل القولين هناك. [ت]

(٦) قال الرافعي: «ولا خلاف في صحة الإيلاء والظهار» إلى قوله: ولزوم النفقة هذه الأحكام معادةٌ في أبوابها. [ت]

بِالأَمْسِ، وَأَنْكَرَ، أَوْ قَالَتِ: ٱنْقَضَتْ عِدَّتِي، فَقَالَ: رَاجَعْتُكِ بِالأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالخِلاَفُ جَارٍ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهَا: لأَنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ عَلَى الإِشْهَادِ[1]، وَلأَجْلِ هَذَا، يُسْتَحَبُّ لَهُ الإِشْهَادُ، وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَىٰ مَا فِي رَحِمِهَا، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ العِدَّةِ: رَاجَعْتُكِ بِالأَمْسِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الإِنْشَاءِ، فَإِنْ صَدَّقْنَاهَا، فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لاَ يُجْعَلُ إِنْشَاءً، بَلْ عَلَيْهِ الإِنْشَاءُ، إِنْ أَرَادَ، وَمَهْمَا أَنْكَرَتِ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ، وَإِنْ كَانَ فِي إِنْكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّحْرِيمِ؛ لأَنَّهَا جَحَدَتْ حَقَّ الزَّوْجِ، ثُمَّ أَقَرَّتْ؛ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ، وَلَوْ أَقَرَّتْ بِتَحْرِيمِ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ (ح)، وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، ثُمَّ رَجَعَتْ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

(١) قال الرافعي: «فالخلاف جارٍ والأظهر أن القول قولها، لأن الزوج يقدر على الإشهاد» هذا يشعر بترجيح هذا الوجه في الصور كلها، وهو غير مساعد عليه فيها إذا اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة، بل الظاهر أنه المصدق، ولا فيما إذا لم يتفقا على وقت واحد منهما، بل الظاهر تصديق من سبق إلى الدعوى. [ت]

(كِتَابُ الإِيلَاءِ[1]، وَفِيهِ بَابَانِ):

(البَابُ الأَوَّلُ: في أَرْكَانِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:)

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: الحَالِفُ)، وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْوِقَاعُ، حُرّاً كَانَ أَوْ رَقِيقاً، كَافِراً كَانَ أَوْ مُسْلِماً، كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ في صُلْبِ النِّكَاحِ، كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضاً أَوْ صَحِيحاً، أَوْ خَصِيّاً أَوْ مَجْبُوبَ بَعْضِ الذَّكَرِ، وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ، فَالصَّحِيحُ (ح م) أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ إِيلاَؤُهُ، وَقِيلَ: قَوْلاَنِ[2]، وَإِنْ

---

(١) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألَّى وأتلى، والألّية، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها ألايا: بوزن خطايا، قال الشاعر:

قليــــل الألايــــا حــــافــــظ ليمينــــه وإن سبقــــت فيــــه الأليَّــــة بــــرَّت

والألوة بسكون اللام، وتثليث الهمزة: اليمين أيضاً.

ينظر: الصحاح: ٦/٢٢٧، المغرب: ٢٨، لسان العرب: ١/١١٧، المصباح المنير: ١/ ٣٥.

واصطلاحاً:

عرَّفه الحنفية: هو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر.

وعرَّفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصبح طلاقه ليمتنعن من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر.

وحِكمة التقييد بتلك المدة أن المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك، لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر وبعد ذلك يفنى صبرها أو يقلّ. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطــاول هــذا الليــل واســودّ جــانبــه وأرّقنــــي أن لا خليــــل ألاعبــــه

فــوالله لــولا الله تخشــى عــواقبــه لحــرّك مــن هــذا الســريــر جــوانبــه

مخــافــة ربــي والحيــاء يصــدّنــي وأخشــى لبعلــي أن تنــال مــراتبــه

فقال عمر لابنته حفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين وفي الثالث يقل صبرها وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسُوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها من هذا السرير أرادت نفسها لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرَّفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد تصريحاً أو احتمالاً قُيِّدَ أو أطلق وإن تعليقاً.

وعرَّفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج - القادر على الوطء - بالله تعالى أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر..

ينظر: تبيين الحقائق / شرح كنز الدقائق: ٢/٢٦١، الشرح الصغير: ٢/٢٧٨، ٢٧٩، المطلع: ٣٤٣، تحفة المحتاج: ٨/١٨٨، شرح المحلى على المنهاج: ٢٤.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية وإنما عدي فيها بمن وهو إنما يعدى بعلى، لأنه ضمن معنى البعد كأنه قال للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم وهو حرام للإيذاء.

(٢) قال الرافعي: «وإن جب جميع ذكره فالصحيح أنه لا يصح إيلاؤه وقيل: قولان» الظاهر عند الأكثرين =

آلَىٰ، ثُمَّ جُبَّ، ٱنْقَطَعَ الأيلاءُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ[1].

وَلَوْ قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ: واللهِ لاَ أُجَامِعُكِ، ثُمَّ نَكَحَهَا، لم يَكُنْ مُوْلِياً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحْلُوفُ به)، وَهُوَ اللهُ تَعَالَىٰ، أَوْ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِهِ، فَإِنْ حَلَفَ بِاللهِ، ثُمَّ وَطِىءَ، لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ؛ عَلَى الجَدِيدِ، وَلاَ يَخْتَصُّ الإِيلاَءُ بِاليَمِينِ بِاللهِ؛ عَلَى الجَدِيدِ، بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ ٱلْتِزَامٌ؛ مِنْ عِتْقٍ، وَطَلاَقٍ، أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ، وَعُلِّقَ بِالوَطْءِ، فَهُوَ إِيلاَءٌ.

ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَدَقَةٌ، فَهُوَ يَمِينُ لَجَاجٍ، وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ [ثَلاَثَةُ][2] أَقْوَالٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَامَعْتُكِ، فَعَبْدِي حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ العَبْدُ، أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، ٱنْحَلَّ الإِيلاَءُ، وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، صَارَ مُولِياً، وَلَكِنْ بَعْدَ انْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي، وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ، صَارَ مُوْلِياً؛ لاَلْتِزَامِهِ تَعْيِينَ العَبْدِ وَتَعْجِيلِهِ، فَإِنْ وَطِىءَ، ٱنْصَرَفَ العِتْقُ إِلى الظِّهَارِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ، فَيَكُونُ مُقِرّاً عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالظِّهَارِ، فَيَعْتِقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِىءَ، وَيَكُونُ مُولِياً، وَإِنْ قَالَ: فَهُوَ حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي، إِنِ تَظَاهَرْتُ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ (و) مُولِياً، إِذَا ظَاهَرَ، لأَنَّهُ عَلَّقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعتِقُ عَبْدُهُ، إِنْ وَطِىءَ بَعْدَ ذَلِكَ، لاَ عَنِ الظِّهَارِ؛ لأَنَّهُ قَدَّمَ تَعْلِيقَهُ عَلَى الظِّهَارِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَال: إِذَا لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الظِّهَارِ، لَمْ يَعْتِقْ، لأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ، فَيَنْدَفِعُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ [ثَلاَثاً][3]، فَهُوَ مُولٍ (و)، فَإِنْ وَطِىءَ، فَعَلَيْهِ النَّزْعُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الحَشَفَةِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الوَطْءُ: لأَنَّ النَّزْعَ مِنَ الجِمَاعِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً[4]، وَقَعَ بِالوَطْءِ طَلْقَةٌ رَجْعِيَّةٌ؛ لاقْتِرَانِ المَسِيسِ بالطَّلاَقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ، فَضَرَّتُكِ طَالِقٌ، فَهُوَ مُولٍ (و)، فَإِنْ مَاتَتِ، الضَّرَّةُ، ٱنْحَلَّ الإِيلاَءُ، وَإِنْ أَبَانَهَا، فَكَمِثْلٍ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَقُلْنَا: يَعُودُ الحِنْثُ، فَيَعُودُ الإيلاَءُ، وَتُبْنَى (و) [العِدَّةُ][5] عَلَىٰ مَا مَضَىٰ؛ فَلاَ تُسْتَأْنَفُ[6]، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا، فَالأُخْرَىٰ طَالِقٌ، وَأَبَى الفَيْئَةَ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الإِبْهَامِ، ثُمَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ مَا نَوىٰ أَوْ يُعَيِّنَ.

= طريقة القولين. [ت]

(١) قال الرافعي: «وإن آلى ثم جب انقطع الإيلاء، وقيل بطرد القولين» الظاهر طرد القولين، والنظم يشعر بترجيح الطريق الأول. [ت]

(٢) سقط من ط، ب.

(٣) في أ: اثنتان.

(٤) قال الرافعي: «ولو قال لغير المدخول بها: إن وطئتك فأنت طالق واحدة» لفظ «الواحدة» لا حاجة إليه. [ت]

(٥) في أ: المدة.

(٦) قال الرافعي: «وإن جَدَّد نكاحها وقلنا يعود الحنث فيعود الإيلاء، وتبنى العدة على ما معنى، ولا تستأنف» من وجه، وفي وجه يستأنف، ويشبه أن يكون هو الأظهر، وهو المذكور في «التهذيب». [ت]

وَقِيلَ: لاَ يَصِحُّ دَعْوَاهُمَا مَعَ الإِبْهَامِ.

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: والله لاَ أُجَامِعُكُنَّ، فَإِنْ جَامَعَ ثَلاَثاً، صَارَ مُولِياً عَنِ الرَّابِعَةِ، وَالكَفَّارَةُ تَجِبُ بِوَطْءِ الجَمِيعِ، وَبِوَطْءِ وَاحِدَةٍ يَقْرُبُ مِنَ الْحِنْثِ، وَلاَ يَحْنَثُ، وَالقُرْبُ مِنَ الحِنْثِ مَحْذُورٌ، وَلَكِنَّهُ لاَ يَصِيرُ به (ح م و) مُولِياً؛ عَلَى الجَدِيد، وَلَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ، فَهُوَ مُولٍ، إِذْ يَلْزَمُهُ الكَفَّارَةُ بِوَطْءِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطِئَهَا، وَلَوْ قَالَ؛ وَالله لاَ أُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، وَأَرَادَ لُزُومَ الكَفَّارَةِ [بِوَطْءِ][1] أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ، فَهُوَ مُولٍ، وَإِنْ أَرَادَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، فَهُوَ مُولٍ، وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يُعَيِّنَ وَاحِدَةً، فَيَخْتَصُّ الإِيلاَءُ بِهَا، وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا، وَأَنْشَأْتُ تَعْيِينَهَا عَنِ الإِبْهَامِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَكُونُ مُولِياً؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرْجُو أَلاَّ تَكُونَ هِيَ المُعَيَّنَةَ، وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَىٰ أَيِّ الاحْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ، فِيه وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُكِ فِي السَّنَةِ إِلاَّ مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِذَا وَطِىءَ مَرَّةً، صَارَ مُولِياً، إِنْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لاَ أُجَامِعُكِ إِلاَّ عَشْرَ مَرَّاتٍ، أَوْ مِائَةً، فَإِذَا اسْتَوْفَى العَدَدَ، صَارَ مُولِياً، إِنْ بَقِيَتِ المُدَّةُ، وَلَوْ آلَىٰ عَنِ امْرَأَةٍ، ثُمَّ قَالَ لأُخْرَىٰ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا، وَنَوَىٰ، لَمْ يَكُنْ مُولِياً؛ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ اسْمَ الله تَعَالَىٰ، وَلاَ صَرَّحَ بِالْتِزَامِ، وَفِي الطَّلاَقِ يُمْكِنُ الاشْتِرَاكُ، وفي الظِّهَارِ خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ اليَمِينُ، أَو الطَّلاَقُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَكْتُكِ، وَأَرَادَ تَعْلِيقَ طَلاَقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الْكِنَايَةُ؟ فيه وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَنَوَى الإِيلاَءَ، انْعَقَدَ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ فِي الكِتَابِ لإِيجَابِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: والله، لاَ أُجَامِعُكِ، إِنْ شِئْتِ، فَقَالَتْ: شِئْتُ، صَارَ(م) مُولِياً، وَهَلْ يَخْتَصُّ المَشِيئَةُ بِالمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالإِيلاَءُ يَنْعَقِدُ فِي غَيْرِ حَالِ الغَضَبِ، وَلاَ يَنْعَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِه: إِنْ وَطِئْتُ، فَأَنَا زَانٍ، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، إِذْ لاَ يَتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلُّزُومِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي المُدَّةِ)، وَالإِيلاَءُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَىٰ الامْتِنَاعِ مُطْلَقاً، أَوْ أَكْثَرَ(ح) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُكِ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ، أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، (ح) لاَ يَكُونُ مُولِياً، فَلَوْ أَعَادَ اليَمِينَ فِي آخِرِ الأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَىٰ، وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلُ كَذَلِك، فَلَيْسَ بِمُولٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَالله، لاَ أُجَامِعُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لاَ أُجَامِعُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مَرَّاتٍ، لَمْ يَكُنْ (و) مُولِياً؛ إِذ المُطَالَبَةُ بَعْدَ المُدَّةِ تَقَعُ بَعْدَ انْحِلاَلِ اليَمِينِ، وَلَوْ قَال: لاَ أُجَامِعُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وَإِذَا انْقَضَتْ، فَوَالله، لاأُجَامِعُكِ سَنَةً، فَيُطَالَبُ بِالفَيْئَةِ فِي الشَّهْرِ الخَامِسِ، وَإِنْ تُرِكَتْ حَتَّىٰ انْقَضَى الخَامِسُ، سَقَطَتِ المُطَالَبَةُ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، أُخْرَىٰ، تَنْقَضِي مِنَ اليَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ رَاجَعَ فِي الخَامِسِ، لَمْ تُعَدَّ المُطَالَبَةُ لأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلَبَهُ اليَمِينَ الأَوْلَى لَكِنْ بَعْدَ الخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ مُدَّةُ اليَمِينِ الثَّانِيَةِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَطَؤُكِ؛ حَتَّىٰ يَنْزِلَ عِيسَىٰ عَلَيْه السَّلاَمُ، أَوْ يَخْرُجَ الدَّجَّالُ، أَوْ يَقدمَ فُلاَنٌ، وَهُوَ عَلَىٰ مَسَافَةٍ يَعْلَمُ تَأَخُّرَ قُدُومِهِ عَنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ مُولٍ (و)، وَلَوْ قَالَ: حَتَّىٰ يَدْخُلَ زَيْدٌ

---

(١) سقط من أ.

الدَّارَ، فَمَضَىٰ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ، لَمْ يَكُنْ لَهَا المُطَالَبَةُ؛ لأَنَّهُ يُنْتَظَرُ دُخُولُهُ كُلَّ سَاعَةٍ، وَفيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُطَالَبُ.

وَلَوْ قَالَ: إِلَىٰ أَنْ أَمُوتَ أَوْ تَمُوتِي، فَهُوَ مُولٍ، و لَوْ قَالَ: إِلىٰ أَنْ يَمُوتَ زَيْدٌ، فَهُوَ كَالتَّعْلِيقِ بِدُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِهِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالتَّعْلِيقِ بِخُرُوجِ الدَّجَّالِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: في المَحْلُوفِ عَلَيْهِ)، وَهُوَ الجِمَاعُ، وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لاَ يُدَيَّنُ مُتَأَوِّلُهُ: تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ في الفَرْجِ، وَإِيلاَجُ الذَّكَرِ وَالنَّيْكُ، أَمَّا الجِمَاعُ وَالوَطْءُ فَيُدَيَّنُ فِيهِ النَّاوِي، وَلا يُقْبَلُ (و) ظَاهِراً وَأَمَّا المُبَاضَعَةُ وَالمُلاَمَسَةُ وَالمُبَاشَرَةُ، فَقَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالجِمَاعِ.

وَالآخَرُ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ (ح)؛ كَقَوْلِهِ: لا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكِ وِسَادَةٌ، وقَوْلِهِ: لأَبْعُدَنَّ عَنْكِ، وَالإِصَابَةُ (و م) قَرِيبَةٌ مِنَ المُبَاشَرَةِ، وَالقُرْبَانُ وَالْغِشْيَانُ وَالإِتْيَانُ بِالْكِنَايَةِ أَشْبَهُ.

وَقِيلَ: هِيَ كَالمُبَاشَرَةِ وَالمُبَاضَعَةِ.

وَلَوْ قَالَ لاَ أُجَامِعُكِ في الحَيْضِ وَالنِّفَاسِ وَفي الدُّبُرِ، فَهُوَ مُحْسِنٌ؛ وَلَيْسَ بِمُولٍ أَصْلاً.

(البَابُ الثَّانِي: في أَحْكَامِهِ، وَهي أَرْبَعَةٌ:)

(الأَوَّلُ: ضَرْبُ المُدَّةِ)، فَإِذَا قَالَ: وَاللهِ، لاَ أُجَامِعُكِ، أَمْهَلْنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ، رَفَعَتْهُ (ح) إِلى القَاضِي، لِيَأْمُرَهُ بِالفَيْئَةِ، فَإِنْ أَبَىٰ، طَلَّقَ [ح][1] القَاضِي عَلَيْهِ[2]، وَلاَ تَحْتَاجُ المُدَّةُ إِلَىٰ ضَرْبِ القَاضِي[3] بِخِلاَفِ العُنَّةِ، وَتَربُّصُ الأمَةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ (ح)؛ كَالحُرَّةِ، وَالتَّرَبُّصُ عَنِ العَبْدِ (م) كَهُوَ عَنِ الحُرِّ، وَتَنْقَطِعُ المُدَّةُ بِالطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ وَالرِّدَّةِ، فَإِذَا رَاجَعَهَا، أَوْ عَادَتِ، اسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ؛ لِيَتَوَالَى الإِضْرَارُ، وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلاَقاً رَجْعِيّاً بَعْدَ المُدَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوِ ارْتَدَّ، [اسْتَأْنَفَ][4] المُدَّةَ عِنْدَ

---

(١) في أ: (و).

(٢) قال الرافعي: «ضرب المدة فإذا قال: والله لا أجامعك أمهلناه أربعة أشهر، فإن لم يطأها رفعته إلى القاضي ليأمره بالفيئة، فإن أبى طلق القاضي عليه» هذا غير محتاج إليه في هذا الموضع، لأن المقصود ههنا الكلام في المُدّة فلو قال ضرب المدة فيمهل المولى أربعة أشهر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا تحتاج المدة إلى ضَرْبِ القاضي» كفى، لكن قوله: «فإن لم يطأ رفعته» يشير إلى أنه لو وطىء في المدة انحلت اليمين، ولا رفع. [ت]

(٤) في أ: فيستأنف.

العَوْدِ، وَأَمَّا طَرَيَانُ الصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ عَلَيْهِ لاَ يَقْطَعُ المُدَّةَ، وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ، فَإِنْ كَانَ المَانِعُ فِيهَا مَنْعَ احتِسَابَ المُدَّةِ؛ كَصِغرِهَاوجُنُونِهَاوحَبْسِها ومَرَضِهَا العَظِيم، ولكن لو طرأت، ثم زالت، لم تُسْتأنَفِ المُدَّة، بَلْ تَبْنِي عَلَى المَاضِي؛ في أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ[1]، أَمَّا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ المُدَّةِ، مُنِعَتِ المُطَالَبَة في الحَالِ، وَلَكِنْ إِذَا زَالَ، لَمْ يُوجِبِ (و)، ٱسْتِئْنَافَ المُدَّةِ؛ بِخِلاَفِ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ وَالرِّدَّةِ.

أَمَّا صَوْمُهَا، فَلاَ يَمْنَعُ مِنَ ٱحْتِسَابِ المُدَّةِ، وَلاَ حَيْضُهَا، وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبَ الوَطْءِ في الحَالِ.

(الحُكْمُ الثَّاني: المُطَالَبَةُ)، وَلَهَا ذَلِكَ، إِذَا مَضَتِ المُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ، فَإِنْ رَضِيَتْ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا، وَكَانَ لَهَا العَوْدُ، بِخِلاَفِ العُنَّةِ، بَلْ هَذَا كَرِضَاهَا بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ، وَلاَ مُطَالَبَةَ لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالمَجْنُونَةِ، وَلاَ لِسَيِّدِ الأمَةِ، بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالمَرْأَةِ، وَلاَ مُطَالَبَةَ لِلْمَرِيضَةِ الَّتي لاَ تَحْتَمِلُ الْوِقَاعَ، وَلاَ لِلرَّتْقَاءِ، وَلاَ لِلحَائِضِ حَالَةَ الحَيْضِ.

وَإِنْ كَانَ في الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبَعِيٌّ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالفَيْئَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدِ الوِقَاعِ، وَإِنْ كَانَ شَرْعِيّاً؛ كَالطَّهَارَةِ وَالصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ، فَلَهَا المُطَالَبَةُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَ، أَوْ يَقْضِي بِالوقاعِ، إِلاَّ أَنَّ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ، إِنْ جَوَّزْنَا لَهَا التَّمْكِين، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمْكِينُ؛ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ المَانِعُ فِيهَا كَالصَّوْمِ وَالإِحْرَامِ وَالحَيْضِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ، وَعَصَىٰ بِطَلَبِ الْوِقَاعِ، قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمْكِينُ؛ لأَنَّهُ حَقُّ الزَّوْجِ، فَيُوَفَّىٰ، وَإِنْ كَانَ عَاصِياً بِٱلاسْتِيفَاءِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ، وَلاَ يَحِلُّ، فَعَلَىٰ هَذَا لاَ يُمْكِنُ طَلَبُ الوَطْءِ، وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلِّقْ، فَإِنْ وَطِىءَ مَعَ التَّحْرِيمِ، ٱنْدَفَعَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هٰهُنَا بِفَيْئَةِ اللِّسَانِ إِلَىٰ زَوَالِ المَانِعِ؛ إِذْ لاَ وَجه لِلإِرْهَاقِ إِلى الطَّلاَقِ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ:) فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ الوَطْءُ أَوْ الطَّلاَقُ، فَإِنْ أَبَىٰ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَاضِي (ز ح) يُطَلِّقُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُحْبَسُ (ح م)؛ حَتَّىٰ يُطَلِّقَ.

فَإِنِ ٱسْتَمْهَلَهُ ثَلاَثَةَ أَيَّام، فَأَصَحُّ الوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمْهَلُ[2]، فَلَعَلَّهُ يُنْتَظَرُ نَشَاطاً وَقُوَّةً، فَإِنْ أَمْهَلَ القَاضِي، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ المُهْلَةِ، لَمْ يَقَعْ (و)؛ لاَ كَقَتْلِ المُرْتَدِّ قَبْلَ تَمَامِ المُدَّةِ، فَإِنَّهُ هَدَرٌ، وَلَوْ غَابَ الزَّوْجُ إِلَىٰ مَسَافَةٍ لاَ تُقْطَعُ في أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلِوَكِيلِهَا أَنْ يطَالِبَهُ عِنْدَ القَاضِي؛ إِمَّا بِالطَّلاَقِ، أَوالرُّجُوعِ إِلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ؛ حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ الإِمْكَانِ، فَقَالَ: الآنَ أَرْجِعُ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَلِلقَاضِي

---

(١) قال الرافعي: «لكن لو طرأت ثم زالت لم تستأنف المدة، بل تبني على الماضي في أظهر الوجهين» الأصح عند الجمهور الاستئناف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن استمهله ثلاثة أيام فأصح الوجهين أنه يمهل» قيل: هما قولان. [ت]

أَنْ يُطَلِّقَ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ بَعْدَ المُدَّةِ عُنَّةً، لَمْ يُطَلِّقْ، وَضَرَبْنَا مُدَّةَ العُنَّةِ، فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ؛ فَيَطَأ.

(الحُكْمُ الرَّابِعُ: فِيمَا بِهِ الفَيْئَةُ)، وَهُوَ تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ؛ فَلاَ يَحْصُلُ بِنُزُولِهَا عَلَيْهِ[1]، وَيَحْصُلُ بِوَطْئِهِ مُكْرَهاً، إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الكَفَّارَةُ، أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ اليَمِينُ، وَإِلاَّ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لاَ يَنْقَطِعُ[2]، وَلَوْ جُنَّ، فَوَطِىء فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينُهُ، وَلاَ كَفَارَة[3]، فَيَنقَطِعُ الإِيلاَءُ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ النَاسِي، فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ المُكْرَهِ، وَإِذَا جُنَّ الرَّجُلُ، لَمْ تَنْقَطِعِ المُدَّةُ[4] وَلَكِنْ لا يُطَالَبُ قَبْلَ الإِفَاقَةِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ ٱمْتِنَاعُهُ لأَجْلِ اليَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ المُدَّةِ، فَأَنْكَرَتْ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ[5]؛ كَمَا في العُنَّةِ؛ عَلَىٰ خِلاَفِ قِيَاسِ الخُصُومَاتِ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الوَطْءِ الَّذِي حلفَ عَلَيْهِ، لَمْ يُمكَّن، وَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهَا في نَفْيِ العِدَّةِ وَالوَطْءِ؛ عَلَى قِيَاسِ الخُصُومَاتِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحصل بنزولها عليه» هذا وجه، والأصح حصول العنة بنزولها عليه توجيهاً فإن أخذ صاحب الحق حَقّه كتسليم من عليه الحق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإلا فالصحيح أن الطلب لا ينقطع» الذي رجحه غيره الانقطاع لوصولها إلى حقّها، واندفاع الضرر. [ت]

(٣) قال: «ولو جُنّ فوطىء فالنص أنه ينحل يمينه، ولا كفارة» سكت الجمهور عن حكاية نصه على الانحلال، نعم نص على أنه يخرج عن الإيلاء، ولا يلزم من الخروج عن الإيلاء الانحلال، كما في نزولها عليه، [ت].

(٤) قال الرافعي: «وإذا جن الرجل لم تنقطع المدة». مكرر مذكور في الحكم الأول قال: وكذلك مرضه وحبسه وجنونه [ت].

(٥) قال الرافعي: «ولو قال الرجل: وطئت قبل المدة فأنكرت، فالقول قوله»، الصورة مذكورة في فصل العُنَّة حيث قال هناك: إلا في موضعين. أحدهما في مدة العُنَّة [ت].

(كِتَابُ الظِّهَارِ[1]، وَفِيهِ بَابَانِ):

(الأَوَّلُ في أَرْكَانِهِ)، وَهِيَ ثَلاثَةٌ:

(الأَوَّلُ): المُظَاهِرُ، وَالمُظَاهَرُ عَنْهَا، وَكُلُّ مَنْ يَصِحُّ الطَّلاَقُ بَيْنَهُمَا يَصِحُّ الظِّهَارُ (ح م)، فَيَصِحُّ ظِهَارُ الذِّمِّيِّ (ح)، وَالظِّهَارُ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ، وَتَكُونُ (و) الرَّجْعَةُ عَوْداً، وَيَصِحُّ ظِهَارُ المَجْبُوبِ، بِخِلاَفِ الإِيلاَءِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ)، وَهُوَ قَوْلُهُ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، أَوْ كَأُمِّي، أَوْ مَعِي، أَوْ عِنْدِي، أَوْ مِنِّي كَظَهْرِ أُمِّي، وَالكُلُّ صَرِيحٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ الصِّلَةَ، وَقَالَ: أَنْتِ كَظَهْرِأُمِّي، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلَمْ يَقُلْ: مِنِّي، أَمَّا لَوْ قَالَ: كَشَعْرِ أُمِّي، أَوْيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا، فَهُوَ ظِهَارٌ (ح)؛ عَلَى الجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي، وَرُوحِهَا، أَوْ كَأُمِّي، وَأَرَادَ الكَرَامَةَ، فَلَيْسَ بِظِهَارٍ، وَإِنْ قَصَدَ الظِّهَار(و)، فَظِهَارٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ.

وَالرَّأْسُ كَالعَيْنِ أَوْ كَاليَدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُذْكَرُ لِلْكَرَامَةِ أَيْضاً، وَلَوْ قَالَ: يَدُكِ أَوْ نِصْفُكِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَهُوَ ظِهَارٌ؛ عَلَى الجَدِيدِ (ح)، وَكَذَا الإِيلاَءُ، إِذَا أَضَافَهُ إِلَىٰ بَعْضِهَا، انْعَقَدَ، وَكُلُّ مَا يَقْبَلُ التَّعْلِيقَ يُكَمَّلُ بَعْضُهُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: المُشَبَّهُ بِهَا)، وَهِيَ الأُمُّ وَيُقْتَصَرُ عَلَيْهَا؛ فِي القَوْلِ القَدِيمِ.

وَعَلَىٰ قَولٍ آخَرَ، لاَ يَلْحَقُ بِهَا إِلاَّ الجَدَّاتُ.

---

(1) الظهار لُغَةً: التظهر، والتَّظَاهُر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عَلَيَّ كَظَهْرِ أمي، مُشْتَقّ من الظَّهر، وخصّوا الظَّهْرَ دون غيره؛ لأنه موضع الرُّكُوبِ، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكأنه إذا قال: أنت عليَّ كَظَهْرِ أمي، أراد: ركوبك للنكاح حَرَام عليَّ، كَركوب أمي للنِّكَاحِ، فأقام الظهرَ مَقَامَ الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النِّكَاح؛ لأن الناكح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها.
ينظر: تاج العروس: ٣/ ٣٧٣، الصحاح: ٢/ ٧٣٠، المصباح المنير: ٢/ ٥٩٠، المغرب: ٢٩٩.
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيةُ بأنه: تشبيه المسلم زوجته، أو جُزْءاً شائعاً منها، بمحرم عليه تأبيداً.
عرفه الشَّافعية بأنه: تشبيه الزوجة غير البائن بأُنْثَىٰ لم تكن حِلاًّ.
عرفه المالكية بأنه: تشبيه المسلم المُكَلَّفِ من تحلُّ أو جزأها بِظَهْرِ محرم أو جزئه.
عرفه الحنابلةُ بأنه: هو أن يُشبه امرأته أو عُضواً منها بظَهْرِ من تَحْرُمُ عليه على التَّأبِيد، أو بها أو بعضو منها.
انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/ ٥٧٤، شرح فتح القدير: ٤/ ٢٤٥، ٢٤٦ مجمع الأنهر: ١/ ٤٤٦، المهذب: ٢/ ١٤٣ المحلى على المنهاج: ٤/ ١٤، مواهب الجليل: ٤/ ١١١، الخرشي: ٤/ ١٠١، حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣٩، الإنصاف: ٩/ ١٩٣، المغني: ٣/ ٢٥٥.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ آخَرَ، يُلْحَقُ بِهَا كُلُّ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْبِيدِ؛ بِنَسَبٍ، أَوْ رضَاعٍ، أَوْ صِهْرٍ.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ رَابعٍ[1]، لاَ يَلْحَقُ الصِّهْرُ، وَلاَ مِنَ الرَّضَاعِ مَنْ عُهِدَتْ مُحَلَّلَةً.

وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَأَجْنَبِيَّةٍ، لَمْ يَكُنْ ظِهَاراً؛ لأَنَّ التَّحْرِيمَ غَيْرُ مُؤَبَّدٍ، وَكَذَلِكَ المُلاَعَنَةُ، وَإِنْ تَأَبَّدَ تَحْرِيمُهَا، فَلَيْسَتْ كَالأُمِّ؛ إِذْ لاَ مَحْرَمِيَّةَ، أَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتِ كَظَهْرِ أَبِي، فَهُوَ لاَغٍ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ مَحَلاً لِلاسْتِحْلاَلِ.

وَيَقْبَلُ الظِّهَارُ التَّعْلِيقَ؛ فَلَوْ قَالَ: إِذَا ظَاهَرْتُ مِنْ فُلاَنَةٍ الأَجْنَبِيَّةِ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، صَحَّ، فَإِذَا نَكَحَ الأَجْنَبِيَّةَ، وَظَاهَرَ عَنْهَا، حَنِثَ (و)، وَإِنْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ عَنْهَا، وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ، فَهُوَ لَغْوٌ(و)، وَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ بِعْتُ الخَمْرَ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ، لَمْ يَكُنْ ظِهَاراً، وَإِنْ أَرَادَ الظِّهَارَ بِآخِرِ كَلاَمِهِ، نَفَذَ إِنْ كَانَ رَجْعِيّاً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، وَأَرَادَ مُجَرَّدَ الطَّلاَقِ، أَوْ مُجَرَّدَ الظِّهَارِ، كَانَ كَمَا نَوَىٰ، وَلَوْ نَوَاهُمَا جَمِيعاً، فَلاَ سَبِيلَ إِلَى الجَمْعِ، فَيُغَلَّبُ الطَّلاَقُ لِقُوَّتِهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيُغَلَّبُ الظِّهَارُ؛ لأَنَّ لَفْظَهُ صَرِيحٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا حَتَّىٰ يَخْتَارَ أَحَدَهُمَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الطَّلاَقَ بِالحَرَامِ، وَالظِّهَارَ بِآخِرِ الكَلاَمِ، كَانَ كَمَا نَوَىٰ!، وَلَوْ عَكَسَ ذَلِكَ، لَمْ يَحْصُلِ الطَّلاَقُ بِلَفْظِ الظِّهَارِ؛ لأَنَّهُ صَرِيحٌ، وَيَحْصُلُ الظِّهَارُ، وَلَوْ قَالَ: لَمْ أَقْصِدْ إِلاَّ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا، لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ[2]، وَيَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ اليَمِينِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي حُكْمِ الظِّهَارِ، وَلَهُ حُكْمَانِ:)

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ يُحَرِّمُ الجِمَاعُ عِنْدَ العَوْدِ تَحْرِيماً مَمْدُوداً إِلَى التَّكْفِيرِ، سَوَاءٌ كَانَتِ الْكَفَّارَةُ بِالإِطْعَامِ [ح][3]، أَوْ بِغَيْرِهِ، وَهَلْ يَحْرُمُ اللَّمْسُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[4]:

(أَحَدُهُمَا): نَعَمْ؛ كَمَا تَحْرُمُ الرَّجْعِيَّةُ، وَالمُحَرَّمَةُ، وَالمُعْتَدَّةُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، والمُسْتَبْرَأَةُ بِملْكِ اليَمِينِ.

(وَالثَّانِي): لاَ؛ كَمَا تَحْرُمُ الحَائِضُ وَالصَّائِمَةُ.

وَعَلَىٰ هَذَا، هَلْ يَحْرُمُ ٱلاسْتِمْتَاعُ بِمَا تَحْتَ السُّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، كَمَا فِي الحَائِضِ.

(الثَّانِي) وُجُوبُ الكَفَّارَةِ بِالعَوْدِ، وَالعَوْدُ هُوَ إِمْسَاكُهَا عِقِيبَ الظِّهَارِ، وَلَوْ لَحْظَةً، وَذَلِكَ بِأَلاَّ يَنْقَطِعَ نِكَاحُهَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ جُنَّ الزَّوْجُ، أَوْ قَطَع بِطَلاَقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ، أَوْ

---

(١) قال الرافعي: «وعلى قول: يلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو رضاع وعلى قول رابع» إلى آخره وقيل: الخلاف في التشبيه بالمحرمات بالرضاع والمصاهرة وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: لم أقصد إلا تحريم عينها لم تحرم عليه لا حاجة إلى قوله: لم يحرم» هٰهنا، وقد سبق ذلك في الطلاق. [ت]

(٣) سقط من أ.

(٤) قال الرافعي: «وهل يحرم اللمس فيه قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

بِشِرَائِهَا (و)، وَهِيَ رَقِيقَةٌ، أَوْ بِاللِّعَانِ عَنْهَا عَقِيبَهُ، أَوْ بِالبِدَارِ إِلَىٰ فِعْلٍ، كَانَ قَدْ عَلَّقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقَ مِنْ قَبْلُ، فَلَيْسَ بِعَائِدٍ، وَلاَ كَفَّارَةَ، وَالاشْتِغَالُ بِأَسْبَابِ الشِّرَاءِ، أَوْ رَفْعِ الأَمْرِ إِلَى القَاضِي في اللِّعَانِ، هَلْ يَرْفَعُ العَوْدَ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ طَلَّقَ طَلاَقاً رَجْعِياً، ثُمَّ رَاجَعَ، فَعَيْنُ الرَّجْعَةِ عَوْدٌ (و).

وَلَوِ ٱرْتَدَّ، فَعَيْنُ الإِسْلاَمِ لَيْسَ بِعَوْدٍ، وَكَذٰلِكَ لَوْ أَبَانَهَا، ثُمَّ جَدَّدَ النِّكَاحَ، لَمْ يَكُنْ عَائِداً، وَإِنْ قُلْنَا بِعَوْدِ الحِنْثِ، مَهْمَا طَلَّقَ عَقِيبَ النِّكَاحِ وَالإِسْلاَمِ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ؛ أَنَّهُ كَالرَّجْعَةِ، وَلَوْ عَلَّقَ الظِّهَارَ بِفِعْلِ غَيْرِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يَعْرِفْ، لاَ يَصِيرُ عَائِداً حَتَّى يَعْرِفَ، وَلاَ يُطَلِّقَ عَقِيبَهُ، وَإِنْ عَلَّقَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ، فَفَعَلَ، وَلَمْ يُطَلِّقْ، كَانَ عَائِداً، وَإِنْ كَانَ قَدْ نَسِيَ الظِّهَارَ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ في نِسْيَانِ الظِّهَارِ، وَمَهْمَا عَادَ، وَلَزِمَتِ الكَفَّارَةُ، لَمْ يَسْقُطْ بِالطَّلاَقِ المُبَيِّنِ بَعْدَهُ، وَلَوْ جَدَّدَ النِّكَاحَ، كَانَ التَّحْرِيمُ مُسْتَمِرّاً، وَإِنْ لَمْ نَقْضِ بِعَوْدِ الحِنْثِ؛ لأَنَّ التَّحْرِيمَ قَدْ سَبَقَ، وَلَوْ ٱشْتَرَاهَا، فَفِي تَحْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ خِلاَفٌ (و).

فُرُوعٌ: (الأَوَّلُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، قِيلَ: (و ح) إِنَّهُ يَلْغُو التَّأْقِيتُ[1].

وَقِيلَ: يَصِحُّ مُؤَبَّداً (م) كَالطَّلاَقِ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ مُؤَقَّتاً، وَهُوَ الأَصَحُّ، ثُمَّ لاَ يَكُونُ عَائِداً بِمُجَرَّدِ الإِمْسَاكِ؛ لأَنَّهُ يَنْتَظِرُ حِلاًّ بَعْدَ المُدَّةِ، وَلَكِنْ بِالوَطْءِ قَبْلَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ يَصِيرُ عَائِداً، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ الوَطْءُ، فَإِنْ وَطِىءَ، فَعَلَيْهِ النَّزْعُ عَقِيبَهُ.

وَقِيلَ بِالوَطْءِ يَتَبَيَّنُ العَوْدُ عَقِيبَ الظِّهَارِ؛ فَيَكُونُ الوَطْءُ الأَوَّلُ أَيْضاً حَرَاماً.

(الثَّانِي): لَوْ قَالَ لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَإِنْ أَمْسَكَ الْكُلَّ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ؛ في قَوْلٍ، وَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ، في قَوْلٍ، فَإِنْ قُلْنَا: كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ طَلَّقَ ثَلاَثاً، لَزِمَتْهُ (و) الكَفَّارَةُ لإِمْسَاكِ الرَّابِعَةِ، وَلَوْ ظَاهَرَ عَنْهُنَّ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، صَارَ عَائِداً إِلى الثَّلاَثِ فعليه ثلاث كَفَّارَاتٍ، إِنْ طَلَّقَ الأَخِيرَةَ عَلَىٰ ٱلاتِّصَالِ، وَإِلاَّ فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ، وَلَوْ كَرَّرَ لَفْظَ الظِّهَارِ عَلَىٰ وَاحِدَةٍ، وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ، لَمْ يَكُنْ عَائِداً بِاشْتِغَالِهِ بِلَفْظِ التَّأْكِيدِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ[2]، وَإِنْ قَصَدَ تَكْرِيرَ الظِّهَارِ، كَانَ أَوْلَىٰ بِأَنْ يَكُونَ عَائِداً، ثُمَّ في تَعَدُّدِ الكَفَّارَةِ مَعَ ٱتِّحَادِ المَحَلِّ خِلاَفٌ، فَإِنْ لَمْ نُعَدِّدْ، فَلاَ فَائِدَةَ لِلثَّانِي، وَإِنْ عَدَّدْنَا، فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ، إِنْ لَمْ يُطَلِّقْ عَقِيبَ الثَّانِي.

وَلَوْ كَرَّرَ الظِّهَارَ بَعْدَ تَخَلُّلِ فَصْلٍ، وَقَالَ: أَرَدْتُ التَّأْكِيدَ، قُبِلَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)؛ لأَنَّهُ إِخْبَارٌ؛ بِخِلاَفِ الطَّلاَقِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ: إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكِ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَإِنَّمَا يَصِيرُ مُظَاهِراً عِنْدَ اليَأْسِ

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر قيل: إنه يلغو التأقيت إلى آخره» هذه أقوال. [ت]

(٢) قال الرافعي: لو كرر الظهار بعد تخلل فصل، وقال: أردت التأكيد قُبِل على الأظهر إنه لا يقبل، لأن الظاهر أنه يصير منشأ كالطلاق. [ت]

(و) وَذَلِكَ بِالمَوْتِ، فَإِنَّهُ عَنْدَ ذَلِكَ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ قُبَيْلَ المَوْتِ صَارَ مُظَاهِراً عَائِداً؛ فَعَلَيهِ الكَفَّارَة.

وَقِيلَ: صَارَ مُظَاهِراً لاَ عَائِداً[١]؛ لأَنَّهُ مَاتَ عَقِيبَ صَيْرُورَتِهِ مُظَاهِراً.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، ثُمَّ أَعْتَقَ عَنِ الظِّهَارِ قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ، فَوَاللهِ، لاَ أُكَلِّمُكِ، ثُمَّ أَعْتَقَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وَقِيلَ: يُجْزِىء؛ لأَنَّ التَّعْلِيقَ أَحَدُ الأَسْبَابِ.

---

(١) قال الرافعي: «فإنه عند ذلك تبين أنه قبل الموت صار مظاهراً عائداً، فعليه الكفارة وقيل: صار مظاهراً لا عائداً» السياق يُشعِرُ بترجيح الوجه الأول، والأظهر الثاني. [ت]

(كِتَابُ الكَفَّارَاتِ، وَهِيَ ثَلاثُ خِصَالٍ):

(الأُولَى: الْعِتْقُ)، وَلاَ يُجْزِىءُ فِي الظِّهَارِ إِلاَّ رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ، (ح) سَلِيمَةٌ كَامِلَةُ الرِّقِّ، خَالِيَةٌ عَنْ شَوْبِ الْعِوَضِ، وَتَجِبُ النِّيَّةُ فِي الْكَفَّارَةِ، وَلاَ يَجِبُ (ح) تَعْيِينُ الْجِهَاتِ، وَيَصِحُّ الإِعْتَاقُ (ح)، وَالإِطْعَامُ مِنَ الذِّمِّيِّ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ تَغْلِيباً لِجِهَةِ الغَرَامَاتِ، وَلاَ يَصِحُّ الصَّوْمُ؛ لأَنَّهُ عِبَادَةٌ مَحْضَةٌ، وَإِنْ أَخْطَأَ فِي تَعْيِينِ الْجِهَةِ، فَعَلَيْهِ إِعَادَةُ الكَفَّارَةِ، وَلاَ نَعْنِي بِالسَّلِيمَةِ السَّلاَمَةَ عَنِ العُيُوبِ القَادِحَةِ فِي المَالِيَّةِ، بَلْ مَا يُؤَثِّرُ فِي العَجْزِ عَنِ العَمَلِ تَأْثِيراً ظَاهِراً، فَلاَ يُجْزِىءُ الزَّمِنُ، وَالأَقْطَعُ (ح)، وَالأَعْمَىٰ، وَالمَجْنُونُ، وَالهَرِمُ [و][1] العَاجِزُ، وَالمَرِيضُ الَّذِي لاَ يُرْجَىٰ زَوَالُهُ، فَإِنْ زَالَ، هَلْ يَتَبَيَّنُ وُقُوعُهُ مَوْقِعَهُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ وَيُجْزِىءُ الأَقْرَعُ، وَالأَعْرَجُ، وَالأَعْوَرُ، وَالأَصَمُّ (ح)، وَالأَخْرَسُ (و ح)[2] الَّذِي يَفْهَمُ الإِشَارَةَ، وَمَقْطُوعُ أَصَابِعِ الرِّجْلِ (ح)، وَمَقْطُوعُ أُنْمُلَةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ اليَدِ، لاَ مِنَ الإِبْهَامِ، وَمَقْطُوعُ الْخِنْصِرِ أَوْ البِنْصِرِ، دُونَ مَقْطُوعِهِمَا جَمِيعاً مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ، وَدُونَ مَقْطُوعِ الإِبْهَامِ وَالوُسْطَىٰ، أَوْ المُسَبِّحَةِ، وَيُجْزِىءُ المَرِيضُ الَّذِي يُرْجَىٰ زَوَالَ مَرَضِهِ، فَإِنْ مَاتَ، فَفِي لُزُومِ الإِعَادَةِ خِلاَفٌ، وَيُجْزِىءُ الصَّغِيرُ، وَلاَ يُجْزِىءُ الجَنِينُ.

(وَأَمَّا) كَمَالُ الرِّقِّ، فَٱحْتَرَزْنَا بِهِ عَنِ المُسْتَوْلَدَةِ وَالمُكَاتَبَةِ (ح) كِتَابَةً صَحِيحَةً؛ فَإِنَّهُمَا لاَ يُجْزِئَانِ، وَالمُكَاتَبَةُ كِتَابَةً فَاسِدَةً تُجْزِىءُ (و)، وَعِتْقُ المَرْهُونِ وَالجَانِي يُجْزِيءُ، إِنْ نَفَّذْنَاهُ، وَيُجْزِىءُ نِصْفَانِ مِنْ عَبْدٍ وَاحِدٍ فِي دفْعَتَيْنِ، وَهَلْ يُجْزِىءُ نِصْفَا عَبْدَيْنِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ، وَقَالَ: عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفٌ مِنْ كُلِّ عَبْدٍ (و)، أَجْزَأَهُ، وَلَوْ أَعْتَقَ المُوسِرُ نِصْفاً مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، وَنَوَىٰ صَرْفَ الكُلِّ إِلَى الكَفَّارَةِ، ٱنْصَرَفَ إِنْ قُلْنَا: يَتَنَجَّزُ العِتْقُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ إِلَى الأَدَاءِ، وَنَوَىٰ عِنْدَ الأَدَاءِ النِّصْفَ الأَخِيرَ، أَجْزَأَهُ(و)، وَإِنْ نَوَى النِّصْفَيْنِ عِنْدَ اللَّفْظِ دُونَ الأَدَاءِ، لَمْ يُجْزِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَالعَبْدُ الغَائِبُ المُنْقَطِعُ الخَبَرِ لاَ يُجْزِىءُ؛ عَلَى القَوْلِ المَنْصُوصِ، وَإِنْ وَجَبَ إِخْرَاجُ الفِطْرَةِ عَنْهُ، وَفِيهِمَا قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، وَٱلعَبْدُ المَغْصُوبُ يُجْزِىءُ (و).

(وَأَمَّا) قَوْلُنَا: «خَالٍ عَنْ شَوَائِبِ العِوَضِ»: أَرَدْنَا بِهِ؛ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ دِينَاراً، عَتَقَ (و)، عَنِ الكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنْ كَفَّارَتِكَ، وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَأَعْتَقَ، لَمْ يَنْصَرِفْ إِلى الكَفَّارَةِ، وَعَتَقَ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الأَلْفَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلاِلْتِمَاسِ الْعِتْقِ صُوَرٌ.

فَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ، ٱسْتَحَقَّ الأَلْفَ، وَهُوَ فِدَاءٌ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ فِي العَبْدِ القِنِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ مُسْتَوْلَدَتَكَ عَنِّي عَلَىٰ أَلْفٍ، فَأَعْتَقَ عَنْهُ، نَفَذَ عَنِ المَالِكِ،

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ط.

وَلَمْ يَسْتحِقَّ العِوَضَ (و)، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي مَجَّاناً فَأَعْتَقَ، نَفَذَ (ح) وَلاَ عِوَضَ، وَلَوْ شَرَطَ عِوَضاً، ٱسْتَحَقَّ، وَلَوْ أَطْلَقَ، فَهَلْ يَقْتَضِي الْعِوَضَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ الغَدُ، فَأَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفٍ، فَأَعْتَقَ فِي الغَدِ، نَفَذَ، وَٱسْتَحَقَّ، وَإِنْ قَالَ: عَبْدِي عَنْكَ حُرٌّ بِأَلْفٍ، إِذَا جَاءَ الغَدُ، فقَالَ: قَبِلْتُ، فَهَذَا كَتَعْلِيقِ الخُلْعِ، وَقَدْ سَبَقَ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْهُ عَنِّي عَلَىٰ خَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ، نَفَذَ وَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ المِثْلِ، وَلَمْ يَضُرَّ فَسَادُ العِوَضِ؛ كَمَا في الخُلْعِ؛ لأَنَّ العِتْقَ، وَإِنْ تَرَتَّبَ عَلَىٰ مِلْكِ المُسْتَدْعَىٰ، فَهُوَ مِلْكٌ ضِمْنِيٌّ لاَ يَسْتَدْعِي الشَّرَائِطَ؛ وَكَذَلِكَ لاَ يَسْتَدْعِي القَبْضَ في الإِعْتَاقِ عَنْهُ مَجَّاناً، وَيَحْصُلُ المِلْكُ عَقِيبَ لَفْظِ الإِعْتَاقِ وَالعِتْقِ مُرَتباً عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوُجُوهِ.

وَقِيلَ: يَحْصُلُ المِلْكُ قَبْلَ الفَرَاغِ مِنْ لَفْظِ الأعْتَاقِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

(الخَصْلَةُ الثَّانِيَةُ: الصِّيَامُ)، وَيَجُوزُ العُدُولُ إِلَيْهِ لِمَنْ يَتَعَسَّرُ عَلَيْهِ العِتْقُ، فَإِنْ مَلَكَ عَبْداً وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلى خِدْمَتِهِ؛ لِمَرَضِهِ، أَوْ لِمَنْصِبِهِ (ح) الَّذِي يَأْبَىٰ مُبَاشَرَةَ الأعْمَالِ، فَلَهُ (ح) الصَّوْمُ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَ دَاراً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ في ٱتِّسَاعِ خُطَّتِهَا زِيَادَةٌ يُسْتَغْنَىٰ عَنْهَا، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ نَفِيسَةٌ، أَوْ عَبْدٌ نَفِيسٌ، أَلِفَ خِدْمَتَهُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ البَيْعُ (ح م)[1] وَعَلَىٰ هَذَا لاَ يَبْعُدُ أَلاَّ يُكَلَّفَ بَيْعَ رأْسِ مَالِهِ، وَضَيْعَتِهِ التي تلحقُهُ بِالمِسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ[2] وَالمَالُ الغَائِبُ لاَ يُجَوِّزُ العُدُولَ إِلى الصَّوْمِ، لأَنَّ الكَفَّارَةَ عَلَى التَّرَاخِي، وَيُمْكِنُ أَدَاؤُهُ بَعْدَ المَوْتِ.

وَٱلاعْتِبَارُ في اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ بِوَقْتِ الوُجُوبِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وبِوَقْتِ الأَدَاءِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيُعْتَبَرُ أَغْلَظُ (ح) الحَالَيْنِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَإِذَا ٱعْتَبَرْنا وَقْت الوُجُوبِ، فَأَيْسَرَ بَعْدَ الشُّرُوعِ في الصَّوْمِ، لَمْ يَلْزَمْهُ العِتْقُ (و ح)، وَلَوْ تَكَلَّفَ المُعْسِرُ الاعْتَاقَ، جَازَ، عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَالعَبْدُ إِذَا عَتَقَ، فَأَيْسَرَ قَبْلَ الصَّوْمِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الإِعْتَاقُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَالعَبْدُ لاَ يَمْلُكُ بِالتَّمْلِيكِ؛ عَلَى الجَدِيدِ[3]، فَلاَ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الإِعْتَاقُ وَالإِطْعَامُ، وَلاَ يَصُومُ العَبْدُ إِلاَّ بِرِضَا السَّيِّدِ، إِلاَّ إِذَا كَانَ قَدْ حلَفَ، وَحَنثَ بِإِذْنِهِ، وَإِنْ حَلَفَ بِإِذْنِهِ، وَحَنثَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَسْتَقِلَّ بِالصَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ بِالعَكْسِ، فَوَجْهَانِ.

وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، فَهُوَ كَالأَحْرَارِ[4] (ح).

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وضَيْعتُه التي تلحقه بالمسكين الذي يأخذ الصدقة» قوله: «الذي يأخذ الصدقة» للإيضاح وفي لفظ «المسكين» غنية عنه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «والعبد لا يملك بالتمليك على الجديد» مذكور في مداينة العبيد، وأعاده هٰهنا ليبين أنه لا يتصور منه التكفير بالإعتاق والإطعام تفريعاً عليه. [ت]

(٤) قال الرافعي: ومن نصفه حُرّ ونصفه عبد فهو كالأحرار في الكفارة وهو معاد في كتاب الأيمان. [ت]

وَأَمَّا حُكْمُ الصَّوْمِ، فَهُوَ أَنَّهُ تَجِبُ فِيه نِيَّةُ الكَفَّارَةِ بِاللَّيْلِ، وَلا يَجِبُ (ح) تَعْيِينُ جِهَةِ الكَفَّارَةِ، وَهَلْ تَجِبُ نِيَّةُ التَّتَابُعِ؟ فِيه خِلاَفٌ (و).

وَإِذَا مَاتَ، لَمْ يَصُمْ عَنْهُ وَلِيُّه؛ عَلَى الجَدِيدِ[1]، وَيَصُومُ شَهْرَيْنِ بِالأَهِلَّةِ، فَإِنْ آنْكَسَرَ الشَّهْرُ الأَوَّلُ، صَامَ أَحَدَ الشَّهْرَيْنِ بِالهِلاَلِ (ح)، وَتَمَّمَ المُنْكَسِرَ ثَلاَثِينَ، وَلاَ يَنْقَطِعُ (ح) التَّتَابُعُ بِوَطْءِ المُظَاهِرِ لَيْلاً، وَلَكِنْ يَعْصِي، وَيَنْقَطِعُ بِإِفْسَادِهِ يَوْماً، وَلَوْ كَانَ اليَوْمَ الأَخِيرَ، فَيَجِبُ آلاسْتِئْنَافُ.

والحَيْضُ لاَ يَقْطَعُ التَّتَابُعَ، وَفِي المَرَضِ قَوْلاَنِ، وفي السَّفَرِ قَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَقْطَعَ، وَنِسْيَانُ النِّيَّةِ يَقْطَعُ التَّتابُعَ، وَلَوْ أَفْطَرَتْ عَلَىٰ عَزْمِ أَنْ تَسْتَأْنِفَ بَعْدَ زَوَالِ الحَيْضِ الَّذِي لاَ يَقْطَعُ التَّتَابُعَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لاَ يُعْصَى بِإِسْقَاطِ وَصْفِ الفَرِيضَةِ مِنَ الصَّوْمِ السَّابِقِ.

(الخَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الإِطْعَامُ)، وَهُوَ سِتُّونَ مُدّاً(ح)، فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ، وَالقَتْلِ (و)، وَالوِقَاعِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، بَدَلاً عَنْ صَوْمِ سِتِّينَ يَوْماً، وَيُصْرَفُ إِلَىٰ سِتِّينَ مِسْكِيناً، وَلاَ يَكْفِي (ح) الصَّرْفُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي سِتِّينَ يَوْماً، وَجِنْسُهُ كَجِنْسِ زَكَاةِ الْفِطْرِ، وَيَجِبُ فِيهِ التَّمْلِيكُ، وَلاَ يُجْزِىءُ التَّغْدِيَةُ (ح) وَالتَّعْشِيَةُ، وَلاَ يُعْدَلُ إِلَيْهِ إِلاَّ بِعُذْرِ الهَرَمِ أَو المَرَضِ الَّذِي يَدُومُ شَهْرَيْنِ (و)[2] وَأَمَّا الشَّبَقُ (و)، فَلاَ يُرَخِّصُ فِي تَرْكِ الصَّوْمِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ[3].

---

(١) قال الرافعي: «وإذَا مات لم يصم عنه وليُّه على الجديد» هذا قد سبق مرة في الصوم، وأخرى في الوصية. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يعدل إليه إلا بعذر الهرم أو المرض الذي يدوم شهرين» قضية كلام الأكثرين أنه لا يجوز الإطعام بمثل هذا المرض، بل يعتبر أن يكون لا يرجى زواله. [ت]

(٣) قال الرافعي «وأما الشبق فلا يرخص في ترك الصَّوم على الأظهر»، الأظهر عند الأكثرين خلافه. [ت]

(كِتَابُ اللِّعَانِ)[1]

(وَالنَّظَرُ فِي القَذْفِ، ثُمَّ اللِّعَانِ، وَفِي القَذْفِ بَابَانِ:)

(الأَوَّلُ: فِي أَلْفَاظِ القَذْفِ، وَمُوجِبِهَا، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(الأَوَّلُ فِي الأَلْفَاظِ): وَصَرِيحُهَا أَنْ يَقُولَ: زَنَيْتَ أَوْ يَا زَانِي، وَكَذَلِكَ لَفْظُ النَّيْكِ وَإِيلاَجِ الحَشَفَةِ، وَالكِنَايَةُ كَقَوْلِهِ لِلقُرَشِيِّ: يَا نَبَطِيُّ، فَإِنْ أَرَادَ الزِّنَا، فَهُوَ قَذْفٌ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَعَلَيْهِ اليَمِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ كَاذِباً عَلَىٰ إِخْفَاءِ نِيَّتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، فَلَهُ أَلاَّ يُقِرَّ بِالنِّيَّةِ؛ حَتَّىٰ لاَ يُؤْذِي المَقْذُوفَ[2]، وَلَكِنَّ الحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، وَلاَ يَبْعُدُ أَنْ يَجِبَ الاعْتِرَافُ؛ لِتَوْفِيَةِ الحَدِّ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: يَا ابْنَ الحَلاَلِ، وَأَمَّا أَنَا، فَلَسْتُ بِزَانٍ، فَهُوَ تَعْرِيضٌ (م) لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَلاَ صَرِيحٍ.

ثُمَّ فِيهِ مَسَائِلُ:

(إِحْدَاهَا): لَوْ قَالَ لامْرَأَةٍ: زَنَيْتُ بِكِ، فَهذَا إِقْرَارٌ وَقَذْفٌ، فَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يا زَانِيَةُ، فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ، وَأَرَادَتْ زِنَا قَبْلَ النِّكَاحِ، فَعَلَيْهَا حَدُّ الزِّنَا وَحَدُّ القَذْفِ، وَسَقَطَ الحَدُّ عَنِ الزَّوْجِ، وَإِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ نَفْيَ الزِّنَا؛ لأَنِّي لَمْ يُجَامِعْنِي غَيْرُهُ فِي النِّكَاحِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَيَبْقَى حَدُّ القَذْفِ عَلَى الزَّوْجِ.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: يَا زَانِيَةُ، فَقَالَتْ أَنْتَ أَزْنَىٰ مِنِّي، فَلَيْسَتْ قَاذِفَةً؛ لأَنَّهَا لَمْ تَعْتَرِفْ بِزِنَا نَفْسِهَا، وَإِنْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَىٰ مِنِّي، فَقَاذِفَةٌ وَمُقِرَّةٌ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَنْتَ أَزْنَى النَّاسِ، لَمْ يَكُنْ قَاذِفاً، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ أَنْتَ أَزْنَىٰ مِنْ فُلاَنٍ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: زَنَىٰ فُلاَنٌ، وَأَنْتَ أَزْنَىٰ مِنْهُ، أَوْ فِي النَّاسِ زُنَاةٌ، وَأَنْتَ أَزْنَىٰ مِنْهُمْ، فَإِنْ كَانَ ثَبَتَ زِنَا فُلاَنٍ بِالبَيِّنَةِ، وَالقَاذِفُ جَاهِلٌ بِهِ، فَهُوَ غَيْرُ قَاذِفٍ (و)، وَإِنْ كَانَ عَالِماً، فَهُوَ قَاذِفٌ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: يَا زَانِيَةُ، فَهُوَ قَاذِفٌ (ح و)، وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ يَا زَانِي، وَلَوْ قَالَ: زَنَأْتَ

---

(١) اللعان لغة مصدر لاعن لعانا: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر. قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنه الله، أي: باعده.

ينظر: لسان العرب ٥/ ٤٠٤٤، المصباح المنير ٢/ ٧٦١.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا من حقها.

(٢) قال الرافعي «فإن لم يحلف فله ألاَّ يقر بالنية حتى لا يؤذي المقذوف. . . إلى آخره» الكلام يميل إلى أنه لا يجب عليه الإقرار والإظهار، والمحكي عن الأصحاب خلافه. [ت]

فِي الجَبَلِ، وَأَرَادَ الرُّقِيَّ، فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ (ح)، وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتَ فِي الجَبَلِ، وَصَرَّحَ بالياءِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الرُّقِيَّ، وَتَرَكْتُ الهَمْزَ، قُبِلَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَلَمْ يُقْبَلْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيُفَرِّقُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، بَيْنَ الجَاهِلِ وَالبَصِيرِ بِاللُّغَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: زَنَىٰ فَرْجُكَ، فَهُوَ قَذْفٌ، وَلَوْ قَالَ: زَنَتْ عَيْنُكَ وَيَدُكَ، فَلَيْسَ بِقَذْفٍ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ[1].

(الخَامِسَةُ): لَوْ قَالَ لِوَلَدِهِ: لَسْتَ ٱبْنِي، فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ، إِلاَّ إِذَا نَوَىٰ، وَالأَجْنَبِيُّ لَوْ قَالَ ذَلِكَ، فَهُوَ قَاذِفٌ؛ لأَنَّهُ لاَ يَحْسُنُ مِنْهُ قَصْدُ التَّأْدِيبِ بِذَلِكَ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَالأَقْيَسُ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِلوَلَدِ المَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ: لَسْتَ مِنَ المُلاَعِنِ، فَهُوَ قَاذِفٌ، إِنْ أَرَادَ تَصْدِيقَ الزَّوْجِ المُلاَعِنِ، فَإِنْ أَرَادَ النَّفْيَ الشَّرْعِيَّ، فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ، وَلَوْ قَالَ لِلقُرَشِيِّ: لَسْتَ مِنْ قُرَيْشٍ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنَّ وَاحِدَةً مِنْ أُمَّهَاتِهِ زَنَتْ، فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ، وَنَعْنِي بِالقَذْفِ مُوجِبَ الحَدِّ، أَمَّا التَّعْزِيرُ، فَيَجِبُ بِأَكْثَرِ هَذِهِ الكَلِمَاتِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي مُوجِبِ القَذْفِ)، وَهُوَ التَّعْزِيرُ إِلاَّ إِذَا قَذَفَ مُحْصَناً، فَمُوجِبُهُ ثَمَانُونَ جَلْدَةً، وَهُوَ الحَدُّ، وَالمُحْصَنُ هُوَ المُكَلَّفُ المُسْلِمُ الحُرُّ العَفِيفُ عَنِ الزِّنَا، وَيَسْقُطُ إِحْصَانُ الزِّنَا بِكُلِّ وَطْءٍ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ، أَمَّا الحَرَامُ الذِي لاَ يُوجِبُ الحَدَّ؛ كَوَطْءِ المَمْلُوكَةِ المُحَرَّمَةِ بِالرَّضَاعِ، أَوْ الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ، أَوْ جَارِيَةِ ٱلابْنِ، أَوِ المَنْكُوحَةِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ مِنَ الشَّفْعَوِيِّ، فَيَسْقُطُ الإِحْصَانُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

أَمَّا الوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ، وَالوَطْءُ فِي الصِّبَا، لاَ يُسْقِطُ (و) عَلَى الأَظْهَرِ(و).

وَأَمَّا وَطْءُ الحَائِضِ وَالمُحْرِمِ وَالصَّائِمِ، فَلاَ يُسْقِطُ، وَلاَ يَسْقُطُ (و) بِالقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ (و) وَمُقَدِّمَاتِ الوَطْءِ لِلزِّنَا، وَيَسْقُطُ (ز و) بِالزِّنَا الطَّارِىءِ (ز) بَعْدَ القَذْفِ، وَلاَ يَسْقُطُ (ح و) بِالرِّدَّةِ الطَّارِئَةِ، وَإِذَا سَقَطَ الإِحْصَانُ بِالزِّنَا مَرَّةً، لَمْ يَعُدْ بِالعَدَالَةِ بَعْدَهُ، وَلَوْ عَجَزَ القَاذِفُ عَنِ البَيِّنَةِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ يَمِينَ المَقْذُوفِ؛ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَزْنِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[2]، وَلَوْ مَاتَ المَقْذُوفُ قَبْلَ ٱسْتِيفَاءِ الحَدِّ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ (ح)، لَكِنْ يَخْتَصُّ بِالعَصَبَاتِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَبِالعَصَبَةِ الَّتِي تُزَوِّجُ دُونَ ٱلابْنِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيَعُمُّ كُلَّ قَرِيبٍ بِالنَّسَبِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيُوَزَّعُ عَلَىٰ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

فَإِنْ عَفَا وَاحِدٌ، سَقَطَ الجَمِيعُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَبَقِيَ الجَمِيعُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَسَقَطَ حِصَّتُهُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: زَنَتْ عينك ويدك فليس بقذف على أظهر الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لو عجز القاذف عن البينة كان له أن يطلب يمين المقذوف على أنه لم يزن على أحد الوجهين» الأشهر أنهما قولان. [ت]

وَوَلِيُّ المَجْنُونِ المَقْذُوفِ قَبْلَ الجُنُونِ لاَ يَسْتَوْفِي حَدَّهُ إِلَىٰ أَنْ يَمُوتَ، وَسَيِّدُ العَبْدِ لا يَسْتَوْفِي التَّعزيرَ الوَاجِبَ لِلعَبْدِ في حَيَاتِهِ، وَيَسْتَوْفِيه بَعْدَ مَوْتِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَيَسْتَحِقُّ العَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ التَّعْزِيرَ، إِنْ قَذَفَهُ؛ عَلَى الأَصَحِّ.

(البَابُ الثَّانِي: في قَذْفِ الأَزْوَاجِ خَاصَّةً، وَفِيهِ فُصُولٌ:[1])

(الأَوَّلُ: فِيمَا يُبِيحُ القَذْفَ، وَنَفْيَ النَّسَبِ)، فَنَقُولُ: الزَّوْجُ كَالأَجْنَبِيِّ في القَذْفِ، إِلاَّ أَنَّهُ قَدْ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ أَوَّلاً، وَقَدْ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَلَهُ دَفْعُ العُقُوبَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِاللِّعَانِ، وَإِيجَابِ عَقُوبَةِ (ح) الزِّنَا عَلَى المَرْأَةِ، ثُمَّ لِلمَرْأَةِ الدَّفْعُ بِلِعَانِهَا[2].

وَيُبَاحُ لِلزَّوْجِ القَذْفُ، إِذَا ٱسْتَيْقَنَ أَنَّهَا زَنَتْ في نِكَاحِهِ، وَإِنْ لَم يَكُنْ ثَمَّ وَلَدٌ؛ لِلتَّشَفِّي؛ وَكَذَلِكَ لَوْ غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ؛ بِأَنِ ٱسْتَفَاضَ بَيْنَ النَّاسِ؛ أَنَّهَا زَنَتْ بِفُلاَنٍ، وَٱنْضَمَّ إِلَيْهِ مَخِيلَةٌ؛ بِأَنْ رَآهَا مَعَهُ في خَلْوَةٍ، وَلاَ يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ ٱلاسْتِفَاضَةِ، وَلاَ بِمُجَرَّدِ أَنْ يَرَاهَا مَرَّةً في خَلْوَةٍ إِلاَّ أَنْ يَرَاهَا مَعَهُ تَحْتَ شِعَارٍ، أَوْ يَرَاهَا مَرَّاتٍ كَثِيرَةً.

أَمَّا نَفْيُ الوَلَدِ بِاللِّعَانِ، إِنَّمَا يُبَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ، إِذَا تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ؛ وَعِنْدَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ القَذْفُ وَاللِّعَانُ؛ حَتَّىٰ لاَ يَلْحَقَ بِهِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا يَتَيَقَّنُ، إِذَا لَمْ يَطَأْهَا، أَوْ أَتَتْ بِالوَلَدِ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الوَطْءِ، أَوْ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ وَطِئَهَا (م)، وَعَزَلَ[3]، فَإِنِ ٱسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الوَطْءِ بِحَيْضَةٍ، وَرَأَىٰ مَعَ ذَلِكَ مَخِيلَةَ الزِّنَا، جَازَ (و)، وَإِنْ لَمْ يَرَ المَخِيلَةَ، لَم يَجُزْ، عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَلاَ يَجُوزُ النَّفْيُ بِمُجَرَّدِ مُشَابَهَةِ الوَلَدِ لِغَيْرِهِ في الخَلْقِ وَالقُبْحِ، والحُسْنِ، فَإِنْ كَانَ الأبوان في غَايَةِ البَيَاضِ، وَالوَلَدُ فِي غَايَةِ السَّوَادِ، أَوْ بِالعَكْسِ، وَٱنْضَمَّ إِلَيهِ مَخِيلَةُ الزِّنَا، جَازَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِذَا نَكَحَ المَشْرِقِيُّ مَغْرِبِيَّةً، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَلاَ حَاجَةَ إِلَى اللِّعَانِ؛ فَإِنَّهُ لاَ يَلْحَقُهُ (ح)؛ إِذْ لاَ إِمْكَانَ، وَلَوْ أَتَتْ بِالوَلَدِ لِزَمَانِ الأَمْكَانِ، وَلَكِنْ رَآهَا تَزْنِي، وَأَرَادَ اللِّعَانَ، دُونَ نَفْيِ الوَلَدِ؛ بِمُجَرَّدِ ٱلانْتِقَامِ، لَمْ يَجُزْ؛ عَلَى المَشْهُورِ(و)؛ نَظَراً لِلوَلَدِ؛ حَتَّىٰ لا تَطُولَ فِيهِ الأَلْسِنَةُ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في أَرْكَانِ اللِّعَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الثَّمَرَةُ، وَالقَذْفُ، وَالأَهْلُ، وَاللَّفْظُ:

(الأَوَّلُ: الثمَرَةُ)، وَهِيَ نَفْيُ النَّسَبِ، وَقَطْعُ النِّكَاحِ، وَدَفْعُ العُقُوبَةِ، وَدفعُ عَارِ الكَذِبِ.

---

(١) قال الرافعي: «الباب الثامن من قذف الأزواج خاصة وفيه فصول» الوجه وفيه فصلان: وذكر الفصل الثالث بين الركن الثالث والرابع بعيد عن الانتظام، وحقه أن يطرح ويقال: فروع متفرقة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وله دفع العقوبة عن نفسه باللعان، وإيجاب عقوبة الزنا على المرأة ثم للمرأة الدفع بلعانها» هذه الأحكام معادة في فَصْل أركان اللعان، وفي جوامع أحكامه، والمقصود هُهنا بيان مفارقة الزوج للأجنبي، وكأنه قال: ولا أن له دفع العقوبة عن نفسه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أو لأقل من ستة أشهر أو وطئها وعزل» الصحيح عند الأصحاب أنه لا يجوز النَّفي بالعزل؛ لأنه قد يسبق الماء إلى الرحم وهو لا يشعر به. [ت]

وَيَجُوزُ اللِّعَانُ بِمُجَرَّدِ نَفْيِ النَّسَبِ، وَإِنْ سَقَطَتِ العُقُوبَةُ بِعَفْوِهَا، وَيَجُوزُ لِمُجَرَّدِ إِسْقَاطِ العُقُوبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، سَوَاءٌ كَانَ حَدّاً أَوْ تَعْزِيراً (و)، إِلاَّ تَعْزِيرَ (ح) التَّأْدِيبِ، وَهُوَ أَنْ يُؤْذِيَهَا بِالقَذْفِ بِزِناً ٱعْتَرَفَتْ بِهِ، أَوْ ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ؛ فَإِنَّهُ لاَ يُلاَعِنُ لِمُجَرَّدِ دَفْعِهِ؛ عَلَىٰ أَسَدِّ الوَجْهَيْنِ[١]؛ لأَنَّهُ مُصَدَّقٌ؛ فَلاَ مَعْنَىٰ لِلِعَانِهِ، وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الحَدِّ، وَلاَ نَسَبَ، فَلاَ يَبْقَىٰ غَرَضٌ إِلاَّ قَطْعَ النِّكَاحِ وَدَفْعَ عَارِ الكَذِبِ وَٱلانْتِقَامِ مِنْهَا، وَفِي جَوَازِ اللِّعَانِ لِمُجَرَّدِ هَذِهِ الأَغْرَاضِ وَجْهَانِ، فَإِنْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الحَدِّ، وَمَا عَفَتْ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ، وَهَذَا خِلاَفٌ فِي أَنَّ طَلَبَها، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلِّعَانِ؟.

فَإِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً، فَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ، وَمَهْمَا قَصَدَ نَفْيَ الوَلَدِ، لَمْ يَتَوَقَّفِ اللِّعَانُ عَلَىٰ طَلَبِهَا قَطْعاً، إِنَّمَا ذَلِكَ فِي لِعَانٍ لِمُجَرَّدِ دَفْعِ العُقُوبَةِ[٢]، وَلَوْ قَالَ: زَنَىٰ بِكِ مَمْسُوحٌ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ، فَلاَ لِعَانَ؛ لأَنَّهُ كَاذِبٌ قَطْعاً، وَيُعَزَّرُ تَأْدِيباً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المُلاَعِنُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَهْلِيَّةُ اليَمِينِ، فَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ، وَإِنْ كَانَ عَبْداً (ح)، أَوْ ذِمِّيّاً (ح)؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ ذِمِّيَّةً (ح)، وَلَكِنَّهَا إِنْ لَمْ تَرْضَ بِحُكْمِنَا، لاَ تُجْبَرُ عَلَى اللِّعَانِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهَا إِلاَّ حَدُّ الزِّنَا، وَهُوَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ، نَعَمْ، لَوْ رَضِيَتْ هِيَ، وَٱمْتَنَعَ الزَّوْجُ الذِّمِّيُّ، فَفِي إِجْبَارِهِ قَوْلاَنِ؛ لأَنَّ حَدَّ القَذْفِ ثَابِتٌ لَهَا.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): الزَّوْجِيَّةُ؛ فَلاَ لِعَانَ لِلأَجْنَبِيِّ، وَالطَّلاَقُ الرَّجْعِيُّ لاَ يَمْنَعُ اللِّعَانَ قَبْلَ الرَّجْعَةِ، وَلَوِ ٱرْتَدَّ الزَّوْجُ، فَلاَعَنَ، وَعَادَ إِلَى الإِسْلاَمِ، تَبَيَّنَ صِحَّةُ اللِّعَانِ، وَلَوْ أَصَرَّ، تَبَيَّنَ فَسَادُهُ، وَلَوْ وَطِئَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ بِشُبْهَةٍ، ثُمَّ قَذَفَهَا، وَكَانَ ثَمَّ وَلَدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَلَهُ اللِّعَانُ (ح)، وَيَنْدَفِعُ به الحَدُّ، وَالنَّسَبُ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَأَبُّدُ الحُرْمَةِ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزِّنَا عَلَيْهَا؛ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الدَّفْعِ بِلِعَانِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، فَلاَ يُلاَعِنُ؛ كَالأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ ظَنَّ صِحَّةَ النِّكَاحِ، فَلاَعَنَ، فَيَنْدَفِعُ الحَدُّ بِاللِّعَانِ الفَاسِدِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لِسُقُوطِ الحَدِّ بِالشُّبْهَةِ؛ وَكَذَا يَسْقُطُ حَدُّ المُرْتَدِّ، إِذَا لاَعَنَ، وَأَصَرَّ؛ عَلَىٰ هَذَا الوَجْهِ، فَإِنْ قَذَفَهَا، ثُمَّ أَبَانَهَا، لاَعَنَ [ح][٣] لِدَفْعِ النَّسَبِ، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلاَّ فَيُلاَعِنُ لِدَفْعِ الحَدِّ، وَإِنْ عَفَتْ، فَلاَ، وَإِنْ قَذَفَ بَعْدَ البَيْنُونَةِ، لاَعَنَ [ح][٤]، إِنْ كَانَ وَلَدٌ، وَإِلاَّ فَلاَ، وَإِنْ قَذَفَهَا

---

(١) قال الرافعي: «وهو أن يؤذيها بالقذف بزنا اعترفت به أو ثبت بالبينة، فإنه لا يلاعن لمجرد دفعه على أَسَدّ الوجهين» المشهور قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ومهما قصد نفي الولد لم يتوقف اللعان على طلبها قطعاً إنما ذلك في لعان لمجرد دفع العقوبة لا حاجة إلى ذكره، لأنه بين من قبل أنه يجوز اللعان لنفي الولد، وإن سقطت العقوبة، وإذا عرفنا جواز اللعان لينفي الولد حيث لا عقوبة، فتعرف أنه لا يتوقف اللعان على طلب العقوبة. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

فِي النِّكَاحِ بِزِناً قَبْلِ النِّكَاحِ، لَم يُلاعِنْ [ح][1]، إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، وَإِنْ كَانَ فَوَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ قَصَّرَ بِذِكْرِ التَّارِيخِ.

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ) لَوْ لاَعَنَ، ثُمَّ أَبَانَهَا، وقَذَفَهَا بِتِلْكَ الزَّنْيَةِ، فَلاَ حَدَّ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ، وَلاَ لِعَانَ، وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَنْيَةٍ أُخْرَىٰ؛ فَإِنْ كَانَتْ لَمْ تُلاعِنْ، وَحُدَّتْ، لَمْ يَجِبِ الحَدُّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِسُقُوطِ حَصَانَتِهَا بِتِلْكَ الزَّنْيَةِ بِمُوجِبِ لِعَانِهِ، وَإِنْ لاَعَنَتْ، وَجَبَ الحَدُّ عَلَى الصحيحِ، إِذْ بَقِيَتْ حَصَانَتُهَا بِلِعَانِهَا، وَإِنْ كَانَ القَذْفُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، فَإِيجَابُ الحَدِّ أَوْلَىٰ؛ لأَنَّ أَثَرَ لِعَانِ الزَّوْجِ لاَ يَتَعَدَّىٰ إِلَى غَيْرِهِ.

(الثَّانِي): إِذَا قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً، ثُمَّ نَكَحَهَا، وَقَذَفَهَا، وَلاَعَنَ، ٱنْدَفَعَ الحَدُّ الثَّانِي، أَمَّا الأَوَّلُ فَيُسْتَوْفَىٰ، وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ الحَدِّ السَّاقِطِ بِاللِّعَانِ؛ وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّدَاخُلِ؛ لأَنَّ قَوْلَ ٱلاتِّحَادِ يَجْرِي عِنْدَ الاسْتِيفَاءِ.

(الثَّالِثُ): لاَ يُنْفَى نَسَبُ مِلْكِ اليَمِينِ بِاللِّعَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ فَلَوْ ٱشْتَرَىٰ زَوْجَتَهُ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لاَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشِّرَاءِ، فَلَهُ اللِّعَانُ، وَإِنِ ٱحْتُمِلَ، فَلاَ لِعَانَ، فَلَوْ ٱدَّعَى الوَطْءَ فِي المِلْكِ وَٱلاسْتِبْرَاءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُ مِلْكِ اليَمِينِ؛ لِلاسْتِبْرَاءِ، وَلاَ بِالنِّكَاحِ؛ لانْقِطَاعِ ذَلِكَ الفِرَاشِ بِفِرَاشِ مِلْكِ اليَمِينِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ النِّكَاحِ؛ فَعَلَىٰ هَذَا لَهُ النَّفْيُ بِاللِّعَانِ.

(الرُّكْنَ الثَّالِثُ: القَذْفُ)، وَهُوَ نِسْبَتُهَا إِلَىٰ وَطْءِ حَرَامٍ، فَلَوْ نَسَبَهَا إِلَىٰ زِناً هِيَ مُسْتَكْرَهَةٌ عَلَيْهِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ وَطْءَ شُبْهَةٍ مِنَ الجَانِبَيْنِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِمَنْعِ اللِّعَانِ؛ لأَنَّ اللِّعَانَ فِي [القُرْآنِ][2] وَرَدَ مُرَتَّباً عَلَى الرَّمْيِ بِالزِّنَا، وَإِنْ كَانَ الوَاطِىءُ بِالشُّبْهَةِ مُعْتَرِفاً، وَأَمْكَنَ إِلْحَاقُ الوَلَدِ بِهِ، عُرِضَ عَلَى القَائِفِ، وَلاَ لِعَانَ قَطْعاً، أَمَّا إِذَا ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ قَوْلِهِ: لَيْسَ الوَلَدُ مِنِّي، فَوَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِجَوَازِ اللِّعَانِ؛ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الزِّنَا وَالشُّبْهَةَ، وَلاَ يُشْتَرَطُ (م) أَنْ يَقُولَ فِي القَذْفِ وَاللِّعَانِ: رَأَيْتُهَا تَزْنِي، وَلاَ أَنْ يَقُولَ: ٱسْتَبْرَأْتُهَا بَعْدَ الوَطْءِ [م][3].

(الفَصْلُ الثَّالِثُ[4]: فِي فُرُوعٍ مُتَفَرِّقَةٍ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ) إِذَا قَذَفَهَا بِأَجْنَبِيٍّ (ح م)، وَذَكَرَهُ فِي اللِّعَانِ، فَلاَ حَدَّ لِلأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ، فَقَوْلاَنِ؛ لأَنَّ اللِّعَانَ حُجَّةٌ عَلَى الجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً.

وَمَنْ قَذَفَ عِنْدَ القَاضِي، فَهَلْ عَلَى القَاضِي إِخْبَارُ المَقْذُوفِ لِطَلَبِ حَدِّ القَذْفِ؟ وَجْهَانِ.

---

(١) سقط من ب.
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من ب.
(٤) سقط من ب.

(الثَّاني): إذَا قَذَفَ نِسْوَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَفِي تَعَدُّدِ اللِّعَانِ قَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ عَلَىٰ تَعَدُّدِ الحَدِّ، وَاللِّعَانُ أَوْلَىٰ بِأَنْ يَتَعَدَّدَ (و)، لأَنَّهُ حُجَّةٌ؛ فَلاَ يَتَدَاخَلُ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَعَدُّدِهِ، لَمْ يَتَّحِدْ بِرِضَاهُنَّ بِلِعَانٍ وَاحِدٍ؛ كَاليَمِينِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَتَّحِدُ، فَذَلِكَ حَيْثُ لاَ يُشْتَرَطُ طَلَبُهُنَّ أَوْ تَوَافُقُهُنَّ، فَإِنِ ٱنْفَرَدَتْ وَاحِدَةٌ بِالطَّلَبِ، لاَعَنَ عَنْهَا، ثُمَّ ٱسْتَأْنَفَ لِلبَاقِيَاتِ.

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةُ بِنْتَ الزَّانِيَةِ، فَقَدْ قَذَفَهَا وَأُمَّهَا بِكَلِمَتَيْنِ، فَعَلَيْهِ حَدَّانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُقدَّمُ حَدُّ المَقْذُوفِ أَوَّلاً؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَهَـٰهُنَا يُقَدَّمُ حَدُّ الأُمِّ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ حَدَّ البِنْتِ مُتَعَرِّضٌ لِلسُّقُوطِ بِاللِّعَانِ، فَحَدُّ الأُمِّ أَقْوَىٰ.

(الثَّالِثُ): إِذَا ٱدَّعَتِ القَذْفَ، فَأَنْكَرَ، فَقَامَتِ الحُجَّةُ عَلَى القَذْفِ، فَلَهُ أَنْ يُلاَعِنَ، إِنْ أَظْهَرَ لإِنْكَارِهِ تَأْوِيلاً، وَإِلاَّ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ أَنْشَأَ قَذْفاً آخَرَ، فَلَهُ اللِّعَانُ، وَٱنْدَفَعَ عَنْهُ ذَلِكَ الحَدُّ أَيْضاً، إِلاَّ إِذَا كَانَ قَدْ قَالَ: مَا قَذَفْتُ وَمَا زَنَيْتُ، فَإِنَّ قَذْفَهُ بَعْدَهُ يُنَاقِضُ شَهَادَةَ البَرَاءَةِ، إِلاَّ إِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ ٱحْتَمِلَ طَرَيَانُ الزِّنَا بَعْدَهَا، وَلَوِ ٱمْتَنَعَا عَنِ اللِّعَانِ، فَلَمَّا عُرِّضَا لِلْحَدِّ، رَجَعَا إِلَيْهِ، جَازَ؛ كَمَا فِي البَيِّنَةِ؛ بِخِلاَفِ اليَمِينِ، وَلَوْ حُدَّ الرَّجُلُ، فَأَرَادَ أَنْ يُلاَعِنَ بَعْدَهُ، مُكِّنَ مِنْهُ، إِنْ كَانَ ثَمَّ وَلَدٌ، وَإِلاَّ فَلاَ فَائِدَةَ لِلِعَانِهِ؛ فَلاَ يُمَكَّنُ(و).

(الرَّابِعُ): إِذَا قَالَ: زَنَيْتِ، وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ، فَيَجِبُ التَّعْزِيرُ، فَإِنْ قَالَ: وَأَنْتِ مَجْنُونَةٌ، أَوْ مُشْرِكَةٌ، فَكَمِثْلٍ إِنْ عُهِدَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِلاَّ فَالحَدُّ.

وَقِيلَ: لاَ حَدَّ إِذَا لَمْ تُعْهَدْ تِلْكَ الحَالَةُ؛ لأَنَّهُ جَاءَ بِمُحَالٍ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: اللَّفْظُ)، وَالنَّظَرُ فِي أَصْلِهِ، ثُمَّ فِي تَغْلِيظَاتِهِ وَسُنَنِهِ:

(أَمَّا اللَّفْظُ)، فَأَنْ يَقُولَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ؛ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَفِي الخَامِسَةِ؛ أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ، إِنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ، وَيَجِبُ إِعَادَةُ ذِكْرِ الوَلَدِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ، إِنْ كَانَ ثَمَّ وَلَدٌ، وَالمَرْأَةُ تَشْهَدُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ، إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ، وَفِي الخَامِسَةِ؛ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا، إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا إِعَادَةُ ذِكْرِ الوَلَدِ، وَلاَ يَقُومُ (ح) مُعْظَمُ الكَلِمَاتِ مَقَامَ الجَمِيعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ، فَلاَ يُبْدَلُ بِالحَلِفِ، وَلاَ لَفْظُ الغَضَبِ بِاللَّعْنِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ التَّرْتِيبُ فِي تَأْخِيرِ اللَّعْنِ، وَتَجِبُ المُوَالاَةُ بَيْنَ الكَلِمَاتِ.

وَيَصِحُّ لِعَانُ الأَخْرَسِ [ح][1]، وَقَذْفُهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ مَعَ الإِشَارَةِ[2]؛ لِيَتَبَيَّنَ لَفْظُ الغَضَبِ وَاللَّعْنِ، أَوْ يُورِدَ عَلَيْهِ نَاطِقٌ، فَيُشِيرَ بِالإِجَابَةِ، فَإِنْ قَالَ بَعْدَ ٱنْطِلاَقِ اللِّسَانِ: لَمْ أُرِدْ ذَلِكَ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوِ ٱعْتَقَلَ لِسَانُ النَّاطِقِ قَبْلَ اللِّعَانِ، وَكَانَ يُنْتَظَرُ زَوَالُهُ عَلَىٰ قُرْبٍ، أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ، وَالعَاجِزُ عَنِ

---

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ويصح لعان الأخرس وقذفه، وعليه أن يكتب مع الإشارة. . . إلى آخره» الذي ذكره الأئمة تصحيح لعانه بالإشارة وحدها وبالكتابة وحدها. [ت]

العَرَبِيَّةِ يَقُومُ في حَقِّهِ تَرْجَمَةُ اللَّعْنِ وَالغَضَبِ وَالشَّهَادَةِ مَقَامَهَا، وَلَكِنْ لاَ بُدَّ مِنْ تَرْجُمَانَيْنِ يُعَرِّفَانِ القَاضِيَ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَرْبَعَةٌ فِيهِ خِلاَفٌ (و).

(أَمَّا التَّغْلِيظُ)، فَهُوَ بِالزَّمَانِ وَالمَكَانِ(ح)، وَالجَمْعِ (ح).

(أَمَّا الزَّمَانُ) فَبِالتَّأْخِيرِ إِلَىٰ وَقْتِ العَصْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَلَبٌ حَاثٌّ، فَيَوْمَ الجُمُعَةِ.

(وَأَمَّا المَكَانُ)، فَأَشْرَفُ مَوَاضِعِ البَلَدِ، وَهُوَ مَقْصُورَةُ الجَامِعِ (و)، وَفي مَكَّةَ عِنْدَ المَقَامِ، وَفي المَدِينَةِ بَيْنَ المِنبَرِ وَالمَدْفَنِ، وَفي بَيْتِ المَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ، وَفِي حَقِّ الذِّمِّيِّ الكَنِيسَةُ وَالبِيْعَةُ، وَفي المَجُوسِيِّ بَيْتُ النِّيرَانِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَأَمَّا بَيْتُ الأَصْنَامِ، فَلاَ يَأْتِيهِ، وَيُغَلَّظُ عَلَى الزِّنْدِيقِ؛ لِيَنَالَهُ شُؤْمُهُ، وَالحَائِضُ تُلاَعِنُ عَلَىٰ بَابِ المَسْجِدِ، وَالمُشْرِكُ الجُنُبُ وَالمُشْرِكَةُ يُلاَعِنَانِ في المَسْجِدِ (ح)، وَلاَ يُؤَاخِذُهُمَا القَاضِي بِتَعَبُّدِ الشَّرْعِ.

(وَأَمَّا الجَمْعُ)، فَهُوَ أَنْ يَحْضُرَ جَمَاعَةٌ، وَلاَ يَنْقُصَ عَنْ أَرْبَعَةٍ، وَلاَ يَصِحُّ اللِّعَانُ إِلاَّ في مَجْلِسِ الحَاكِمِ، أَوْ في مَجْلِسِ المُحَكَّمِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، ثُمَّ التَّغْلِيظُ بِالمَكَانِ، في وُجُوبِهِ قَوْلاَنِ، وَفِي الزَّمَانِ وَالجَمْعِ طَرِيقَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَجِبَ.

(وَأَمَّا السُّنَنُ)، فَثَلاَثَةٌ أَنْ يُخَوِّفَهُمَا القَاضِي بِاللَّهِ، فَلَعَلَّهُمَا يَنْزَجِرَانِ، وَأَنْ يَكُونَ عَلَى المِنبَرِ، أَعْنِي القَاضِيَ، عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالزَّوْجَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَأَنْ يَأْتِيَهُ رَجُلٌ مِنْ وَرَائِهِ عِنْدَ الخَامِسَةِ، فَيَضَعَ يَدَهُ عَلَىٰ فِيهِ، وَيَقُولَ لَهُ صَاحِبُ المَجْلِسِ: اتَّقِ الله؛ فَإِنَّهَا مُوجِبَةٌ، وَالمَرْأَةُ تَأْتِيهَا امْرَأَةٌ.

(البَابُ الثَّالِثُ: في جَوَامِعِ أَحْكَامِ اللِّعَانِ[1] وَنَفْيِ الوَلَدِ)

وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ خَمْسَةُ أَحْكَامٍ:

الفِرَاقُ؛ وَتَأَبُّدُ الحُرْمَةِ، وَسُقُوطُ الحَدِّ عَنْهُ، وَانْتِفَاءُ النَّسَبِ، وَوُجُوبُ حَدِّ الزِّنَا عَلَيْهَا، وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهَا سُقُوطُ الحَدِّ عَنْهَا فَقَطْ، أَمَّا حُكْمُ نَفْيِ الوَلَدِ، فَفِيهِ خَمْسُ مَسَائِلَ:

(الأُولَىٰ): أَنَّ اللِّعَانَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، إِذَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ مِنَ الزَّوْجِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ؛ إِمَّا لِقُصُورِ المُدَّةِ عَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ لِطُولِ المَسَافَةِ (ح) بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ لِكَوْنِ الزَّوْجِ صَبِيّاً دُونَ عَشْرِ سِنِينَ، أَوْ لِكَوْنِهِ مَمْسُوحاً مَجْبُوبَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَيَيْنِ، فَلاَ يَلْحَقُهُ، وَالبَاقِي الأُنْثَيَيْنِ يَلْحَقُهُ الوَلَدُ قَطْعاً، وَكَذَلِكَ الخَصِيُّ البَاقِي الذَّكَرِ؛ عَلَى [الأَصَحِّ][2].

(الثَّانِيَةُ): اللِّعَانُ عَنِ الحَمْلِ جَائِزٌ في صُلْبِ النِّكَاحِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لأَنَّهُ جَائِزٌ بِمُجَرَّدِ غَرَضِ

---

(١) قال الرافعي: «الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان» حقه أن يبدل بالقسم الثاني لأنه ذكر من أول الكتاب أن النظر من القذف واللعان وقضيته الترتيب بآخر الفصل المعقود في أركان اللعان إلى هذا القسم ليجتمع فيه أركانه وأحكامه. [ت]

(٢) في أ: الأظهر.

القَطْعِ دُونَ الوَلَدِ، وَبَعْدَ البَيْنُونَةِ فِيهِ قَوْلاَنِ؛ مَأْخَذُهُمَا أَنَّ اليَقِينَ، هَلْ يُشْتَرَطُ لِلِّعَانِ أَمْ يَجُوزُ بِالظَّنِّ لِخَطَرِ المَوْتِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَتَتْ بِتَوْءَمَيْنِ، فَنَفَىٰ أَحَدَهُمَا، لَمْ يَنْتَفِ، وَإِنْ نَفَاهُمَا، ثُمَّ ٱسْتَلْحَقَ أَحَدَهُمَا، لَحِقَهُ الثَّانِي؛ لأَنَّهُ لاَ يَتَبَعَّضُ ، وَيُغَلَّبُ جَانِبُ الإِثْبَاتِ، وَلَوْ نَفَى الحَمْلَ، فَأَتَتْ بِتَوْءَمَيْنِ، إِنْتَفَيَا، وَلَهُ أَنْ يَنْفِيَ أَوْلاَداً عِدَّةً بِلِعَانٍ وَاحِدٍ، وَبَيْنَ [التَّوْءَمَيْنِ][1] المَنْفِيَّيْنِ أُخُوَّةُ الأُمِّ، وَلاَ تَثْبُتُ أُخُوَّةُ الأَبِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ [و][2].

(الرَّابِعَةُ): إِذَا مَاتَ الوَلَدُ، فَلَهُ اللِّعَانُ (ح)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ وَلَدٌ حَيٌّ، وَلَوْ نَفَاهُ (ح)، فَلَمَّا مَاتَ، ٱسْتَلْحَقَهُ قُبِلَ، وَوَرِثَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَفَىٰ بَعْدَ(ح) المَوْتِ، ثُمَّ ٱسْتَلْحَقَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ [و][3].

(الخَامِسَةُ): حَقُّ نَفْيِ الوَلَدِ عَلَى الفَوْرِ، وَيَسْقُطُ بِالتَّأْخِيرِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلاَ يَسْقُطُ إِلاَّ بِٱلاسْتِلْحَاقِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيُمْهَلُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ عَلَى الفَوْرِ، فَلَوْ صَبَرَ عِنْدَ الحَمْلِ إِلى ٱنْفِصَالِ الوَلَدِ، جَازَ، وَلَو قَالَ: عَرَفْتُ الحَمْلَ، وَلَكِنِ ٱنْتَظَرْتُ الإِجْهَاضَ، جَازَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَسْمَعِ الوِلاَدَةَ إِلاَّ مِنْ فَاجِرٍ، فَلَمْ أُصَدِّقْ، عُزِّرَ، أَمَّا مِنْ عَدْلَيْنِ، فَلاَ، وَمِنْ عَدْلٍ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مَتَّعَكَ اللهُ بِوَلَدِك، فَقَالَ: آمِين، فَهُوَ ٱسْتِلْحَاقٌ، وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللهُ خَيْراً، أَوْ أَسْمَعَكَ اللهُ مَا يَسُرُّكَ، فَلاَ.

---

(١) في أ: الولدين.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(كِتَابُ العِدَّةِ)

(وَالنَّظَرُ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ، وَالوَفَاةِ، وَالاسْتِبْرَاءِ، أَمَّا عِدَّةُ الطَّلَاقِ، فَفِيهَا بَابَانِ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: في عِدَّةِ الحَرَائِرِ والإِمَاءِ)

وَهِيَ بِالأَقْرَاءِ، أَوْ بِالأَشْهُرِ، أَوْ بِالحَمْلِ.

(النَّوْعُ الأَوَّلُ الأَقْرَاءُ)، وَجَمِيعُ ذَلِكَ يَجِبُ لِلبَرَاءَةِ، وَلَكِنْ يَكْفِي جَرَيَانُ سَبَبِ الشُّغْلِ مِنْ تَغْيِيبِ الحَشَفَةِ، وَوَطْءِ الصَّبِيِّ وَالخَصِيِّ، وَيَجِبُ عَلَى المُعَلِّقِ طَلَاقَهَا عَلَىٰ يَقِينِ البَرَاءَةِ، وَالأَقْرَاءُ هِيَ الأَطْهَارُ (ح)، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلْقَةً، لَمْ يَقَعْ إِلاَّ فِي الطُّهْرِ[1]، ثُمَّ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ قُرْءٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ لَحْظَةً، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهْرِ، فَالانْتِقَالُ لَيْسَ قُرْءاً؛ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ، وَالقُرْءُ هُوَ الطُّهْرُ المُحْتَوَشُ بِدَمَيْنِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَبَقِيَّةُ طُهْرِ الصَّبِيَّةِ قَبْلَ الحَيْضِ، لَيْسَ بِقُرْءٍ، وَعِدَّةُ الحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، وَعِدَّةُ الأَمَةِ قُرْآنِ، فَإِنْ أُعْتِقَتْ فِي أَثْنَاءِ العِدَّةِ، فَهِيَ كَالحُرَّةِ؛ فِي قَوْلٍ (ح).

وَكَالأَمَةِ، فِي قَوْلٍ (ح م).

وَفِي القَوْلِ الثَّالِثِ؛ إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، اِلْتَحَقَتْ بِالحُرَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَتَعْتَدُّ بِقُرْءَيْنِ.

وَلَوْ وَطِىءَ أَمَةً؛ عَلَىٰ ظَنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ وَطِىءَ حُرَّةً؛ عَلَىٰ ظَنِّ أَنَّهَا أَمَةٌ، لَمْ يُؤَثِّرِ الظَّنُّ أَصْلاً.

[وَالعِدَّةُ][2] بِالأَقْرَاءِ ظَاهِرَةٌ فِي المُسْتَقِيمَةِ العَادَةِ، وَكَذَلِكَ فِي المُسْتَحَاضَةِ المُمَيِّزَةِ، أَوِ الحَافِظَةِ لِلعَادَةِ، وَأَمَّا النَّاسِيَةُ، فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالأَهِلَّةِ، فَإِنْ طُلِّقَتْ، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً، فَيَكْفِيهَا بَقِيَّةُ الشَّهْرِ، وَشَهْرَانِ آخَرَانِ، وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ، فَلَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثِينَ يَوْماً لِلشَّهْرِ المُنْكَسِرِ، وَشَهْرَيْنِ آخَرَيْنِ[3].

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أنت طالق في كُلّ قرء طلقة لم يقع إلا في الطهر»، ذكره لإيضاح معنى القرء. والمسألة بأحوالها قد ذكرها في الطلاق. [ت]

(٢) في أ، ب: والحيض.

(٣) قال الرافعي: «وإن بقي أقل فلا بد من ثلاثين يوماً للشهر المنكسر وشهرين آخرين هذا وجه، ويفهم من كلام بعض الأصحاب ولم أجد التصريح به في حق المتحيرة إلا لصاحب الكتاب، والذي يوجد لغيره أنها تمكث ثلاثة أشهر بعد تلك البقية. [ت]

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ آخَرَانِ.

وَقِيلَ: إِذَا ٱنْكَسَرَ شَهْرٌ، ٱنْكَسَرَ الثَّلاَثُ؛ فَلاَ بُدَّ مِنْ تِسْعِينَ يَوماً.

وَقِيلَ: إِنَّ عَلَى النَّاسِيَةِ الصَّبْرَ إِلَىٰ سِنِّ اليَأْسِ، أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ، أَوْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ؛ لأَنَّ الطُّهْرَ رُبَّمَا زَادَ عَلَىٰ أَشْهُرٍ؛ وَهَذَا يُسْتَمَدُّ مِنْ قَوْلِ ٱلاحْتِيَاطِ.

وَلَكِنْ لاَ يَجْرِي هَذَا فِي الرَّجْعَةِ وَالسُّكْنَىٰ، بَلْ فِيمَا عَلَيْهَا.

(أَمَّا) الصَّغِيرَةُ وَالآيِسَةُ، فَتَعْتَدَّانِ بِالأَشْهُرِ، وَلَوْ رَأَتِ الصَّغِيرَةُ دَماً قَبْلَ تِسْعِ سِنِينَ، فَدَمُ فَسَادٍ، وَإِنْ رَأَتْ بَعْدَ ٱلاعْتِدَادِ بِالأَشْهُرِ، لَمْ تَسْتَأْنِفْ، وَإِنْ رَأَتْ قَبْلَ الفَرَاغِ، ٱسْتَأْنَفَتْ.

(وَأَمَّا الأَمَةُ)، فَتَعْتَدُّ بِشَهْرَيْنِ (ح) بَدَلاً عَنْ قُرْءَيْنِ.

وَقِيلَ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ؛ لأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّبْعِيضَ.

وَقِيلَ: بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ؛ أَخْذاً مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ، إِذَا عَتَقَتْ؛ أَنَّهَا تَعْتَدُّ بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ، عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ.

وَبِشَهْرٍ عَلَىٰ قَوْلٍ بَدَلاً عَنْ قُرْءٍ.

(فَرْعٌ): الَّتِي تَبَاعَدَتْ حَيْضَتُهَا بِرَضَاعٍ، أَوْ عِلَّةٍ، فَعَلَيْهَا ٱنْتِظَارُ الحَيْضِ، وَلاَ تَعْتَدُّ بِالأَشْهُرِ، وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ أَصْلاً، وَإِنْ كَبِرَتْ، فَتَعْتَدُّ بِالأَشْهُرِ، وَإِنْ كَانَ ٱلانْقِطَاعُ بَعْدَ الحَيْضِ بِغَيْرِ عِلَّةٍ، فَالقَوْلُ الجَدِيدُ؛ أَنَّهَا تَصْبِرُ إِلَىٰ سِنِّ اليَأْسِ، ثُمَّ تَعْتَدُّ بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ، وَالقَوْلُ القَدِيمُ، أَنَّها تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ (ح) لِنَفْيِ الحَمْلِ، ثُمَّ تَعْتَدُّ بِالأَشْهُرِ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ رَضِيَ الله عَنْهُ[1]، وَقَوْلٌ ثَالِثٌ قَدِيمٌ؛ أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ (ح م) أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ، فَإِنْ فَرَّعْنَا عَلَى القَدِيمِ، فَحَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالعِدَّةِ وَالنِّكَاحِ، ٱسْتَمَرَّ النِّكَاحُ (و)، وَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ التِّسْعَةِ، بَطَلَ التَّرَبُّصُ، وٱنْتَقَلَتْ إِلَى الأَقْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِدْهَا، ٱسْتَأْنَفَتِ التَّرَبُّصَ وَالعِدَّةَ جَمِيعاً، وَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ بِالتِّسْعَةِ، وَلَكِنْ فِي العِدَّةِ، ٱسْتَأْنَفَتِ التِّسْعَةَ، وَلَكِنْ هَلْ تَبْنِي عَلَى الثَّلاَثَةِ، أَمْ تَسْتَأْنِفُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْبِنَاءِ، ٱسْتَكْمَلَتْ ثَلاَثَةَ أَشْهُرٍ بِالحِسَابِ.

وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ، وَمَا مَضَىٰ يُجْعَلُ قُرْءاً؛ وَهَذَا جَمْعٌ بَيْنَ البَدَلِ وَالْمُبْدَلِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَلَوْ رَأَتِ الدَّمَ بَعْدَ المُدَّتَيْنِ، وَقَبْلَ النِّكَاحِ، فَالنَّصُّ أَنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الأَقْرَاءِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّ العِدَّةَ قَدْ تَمَّتْ، وَأَمَّا إِذَا فَرَّعْنَا عَلَى الجَدِيدِ، فَسِنُّ اليَأْسِ أَقْصَىٰ مُدَّةِ يَأْسِ ٱمْرَأَةٍ فِي العَالَمِ مِمَّنْ

---

(١) قال الرافعي: «وهو مذهب عمر ـ رضي الله عنه ـ» روى الشّافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً. ويروى عن عثمان مثله. [ت]
أخرجه مالك (٢/ ٥٧٥) كتاب الطلاق: باب عدة التي تفقد زوجها، حديث (٥٢).

تُعْرَفُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

أَوْ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالعَصَبَاتِ مِنَ النِّسَاءِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى البَلَدِ، لاَ إِلَى العَالَمِ؛ وَعَلَى هَذَا القَوْلِ؛ لَوْ رَأَتِ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّ الأَشْهُرِ بَعْدَ سِنِّ اليَأْسِ، انْتَقَلَتْ إِلَى الأَقْرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُعَاوِدْهَا، فَتَسْتَأْنِفُ [و][1] الأَشْهُرَ قَطْعاً؛ لأَنَّ المَطْلُوبَ اليَقِينُ، وَهَلْ عَلَيْهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَرْبَعُ سِنِينَ لِلتَّرَبُّصِ؛ إِذْ زَالَ اليَأْسُ بِالحَيْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ، أَمَّا إِذا رَأَتْ بَعْدَ الأَشْهُرِ، فَلاَ يُؤَثِّرُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيُؤَثِّرُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ النِّكَاحِ.

وَفِي قَوْلٍ ثَالِثٍ؛ قَبْلَ النِّكَاحِ يُؤَثِّرُ، وَبَعْدَهُ لاَ يُؤَثِّرُ.

(النَّوْعُ الثَّالِثُ)؛ هُوَ العِدَّةُ بِالحَمْلِ فَإِنَّ النَّوْعَ الثَّانِي هُوَ الأَشْهُرُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَلانْقِضَاءِ العِدَّةِ به شَرْطَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنْ يَكُونَ (ح) الحَمْلُ مِمَّنْ منهُ العِدَّةُ، أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ؛ كَوَلَدِ اللِّعَانِ، أَمَّا المَنْفِيُّ قَطْعاً؛ كَوَلَدِ الصَّبِيِّ وَالمَمْسُوحِ (ح). فَلاَ تَنْقَضِي (ح) العِدَّةُ بِهِ.

وَلَوْ أَتَتْ زَوْجَةُ البَالِغِ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، لاَ يَلْحَقُهُ، وَلَكِنْ يَنْقَضِي الْعِدَّةُ بِهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لاحْتِمَالِ جَرَيَانِ وَطْءِ الشُّبْهَةِ قَبْلَ النِّكَاحِ.

وَلاَ يَنْقَضِي (ح)؛ عَلَىٰ وَجهٍ؛ لأَنَّهُ مَنْفِيٌّ عَنْهُ شَرْعاً.

وَعَلَىٰ وَجهٍ ثَالِثٍ؛ لَوِ ٱدَّعَتْ وَطْءَ شُبْهَةٍ، ٱنْقَضَتْ عِدَّتُهَا؛ لأَنَّ القَوْلَ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا، وَإِنْ نَكَحَ [م][2] حَامِلاً مِنَ الزِّنَا، وَهِيَ تَرَى الأَدْوَارَ، وَقُلْنَا: إِنَّهَا حَيْضٌ، فَفِي ٱنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّ حَمْلَ الزِّنَا كَالمَعْدُومِ فِي حَقِّ العِدَّةِ وَالتَّحْرِيمِ [م][3] .

(الشَّرْطُ الثَّانِي): وَضْعُ الحَمْلِ التَّامِّ؛ فَلاَ تَنْقَضِي العِدَّةُ بِوَضْعِ أَحَدِ التَّوْءَمَيْنِ وَأَقْصَى المُدَّةِ بَيْنَ التَّوْءَمَيْنِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَلاَ تَنْقَضِي بِٱنْفِصَالِ بَعْضِ الوَلَدِ، بَلْ هُوَ كَالجَنِينِ فِي الأَحْكَامِ كُلِّهَا.

وَقِيلَ: هُوَ كَالمُنْفَصِلِ إِلاَّ فِي العِدَّةِ.

وَلاَ تَنْقَضِي بِإِسْقَاطِ العَلَقَةِ، وَتَنْقَضِي إِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ وَالتَّخْطِيطُ، وَإِنْ خَفِيَ.

وَإِنْ كَانَ لَحْماً، فَالنَّصُّ أَنَّ العِدَّةَ تَنْقَضِي بِهِ، وَلاَ يَجِبُ بِهِ الْغُرَّةُ، وَلاَ يَحْصُلُ بِهِ ٱلاسْتِيلاَدُ.

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

(فُرُوعٌ):

الأَوَّلُ: المُرْتَابَةُ بِالحَمْلِ بَعْدَ الأَقْرَاءِ، لِثِقَلِ بَطْنِهَا، لاَ تُنْكَحُ، إِنْ ظَهَرَ الأَثَرُ، وَمُجَرَّدُ الشَّكِّ لاَ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ.

وَقِيلَ: يُخَرَّجُ عَلَى قَوْلَيْ وَقفِ العقُودِ.

(الثَّانِي) إِذَا أَتَتْ بَعْدَ العِدَّةِ بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، لَحِقَ الزَّوْجَ، وَإِنْ لَمْ تَنْكِحْ زَوْجاً آخَرَ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، حُسِبَ أَرْبَعُ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ آنْصِرَامِ العِدَّةِ، أَوْ مِنْ وَقْتِ الطَّلاَقِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

فَإِنْ قُلْنَا: مِنْ وَقْتِ تَصَرُّمِ العِدَّةِ، تَمَادَى الإِلْحَاقُ إِلَىٰ عَشْرِ سِنِينَ وَزِيَادَةٍ؛ إِذ الطُّهْرُ قَدْ يَتَبَاعَدُ سِنِينَ.

وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ لاَيُحْتَمَلُ، فَلاَ يُحْسَبُ لِلعِدَّةِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ.

(الثَّالِثُ): إِذَا نُكِحَتْ.، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، أُلْحِقَ بِالثَّانِي، إِنْ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحاً؛ إِذْ لاَ سَبِيلَ إِلَىٰ إِبْطَالِ الصَّحِيحِ.

وَإِنْ كَانَ فَاسِداً، يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ؛ لأَنَّهُ كَوَطْءِ شُبْهَةٍ.

ثُمَّ مُدَّةُ احْتِمَالِ الثَّانِي يُحْتَسَبُ مِنَ العَقْدِ الفَاسِدِ، أَوْ مِنَ الوَطْءِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ؛ وَكَذَلِكَ عِدَّةُ النِّكَاحِ الفَاسِدِ يُبْتَدأُ بَعْدَ آخِرِ وَطْأَةٍ، أَوْ بَعْدَ التَّفَرُّقِ بِآنْجِلاَءِ الشُّبْهَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

(الرَّابِعُ): لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ بَعْدَ الوِلاَدَةِ، فَأَنْكَرَتْ وَقَالَتْ: بَلْ قَبْلَهَا، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، سَوَاءٌ آتَّفَقَا عَلَىٰ وَقْتِ الْوِلاَدَةِ، أَوْ أُبْهِمَ، وَلَو آخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الوِلاَدَةِ، وَآتَّفَقَا عَلَىٰ وَقْتِ الطَّلاَقِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَو آدَّعَتْ تَقَدُّمَ الطَّلاَقِ، فَقَالَ: لاَ أَدْرِي، فَعَلَيْهِ يَمِينٌ جَازِمَةٌ، أَوْ النُّكُولُ، فَإِنْ جَزَمَ الزَّوْجُ، فَقَالَتْ: لاَ أَدْرِي، فَلَهُ الرَّجْعَةُ، وَلَيْسَ يُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الشَّكِّ.

(البَابُ الثَّانِي: في تَدَاخُلِ العِدَّتَيْنِ:)

وَالْعِدَّتَانِ الْمُتَّفِقَتَانِ بِالأَقْرَاءِ أَوِ الأَشْهُرِ، تَتَدَاخَلاَنِ [و][(١)] مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَهَا الزَّوْجُ فِي العِدَّةِ، فَيَكْفِيهَا ثَلاَثَةُ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الوَطْءِ، لَكِنَّ الرَّجْعَةَ لاَ تَتَجَاوَزُ ثَلاَثَةَ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلاَقِ[(٢)]، أَمَّا إِذَا ٱخْتَلَفَا؛ بِأَنْ كَانَ إِحْدَاهُمَا بِالحَمْلِ ٱنْدَرَجَتِ الأُخْرَىٰ تَحْتَ الحَمْلِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَٱنْقَضَتَا بِالوَضْعِ، وَدَامَتِ (و) الرَّجْعَةُ إِلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَنْدَرِجُ؛ فَإِنْ كَانَ الحَمْلُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، انْقَطَعَ عِدَّةُ الطَّلاَقِ، فَتَعُودُ إِلَىٰ بَقِيَّتِهَا بَعْدَ الوَضْعِ، وَلَهُ الرَّجْعَةُ، أَوْ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ فِي البَقِيَّةِ، وَهَلْ يَجُوزُ الرَّجْعَةُ قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[(٣)].

وَمَهْمَا ثَبَتَ الرَّجْعَةُ، ثَبَتَ المِيرَاثُ وَسَائِرُ الأَحْكَامِ، وَلَوْ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ، وَهِيَ حَامِلٌ، ٱنْقَضَتِ العِدَّةُ الأُخْرَىٰ بِالأَقْرَاءِ مَعَ الحَمْلِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ؛ لأَنَّهُ لِمُجَرَّدِ التَّعَبُّدِ، أَمَّا إِذَا كَانَ وَطْءُ الشُّبْهَةِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، لَمْ يَتَدَاخَلِ العِدَّتَانِ [ح م و][(٤)]، لَكِنْ إِنْ سَبَقَ الطَّلاَقُ، ٱسْتَتَمَّتْ عِدَّةُ الطَّلاَقِ، ثُمَّ ٱعْتَدَّتْ عَنِ الشُّبْهَةِ، وَإِنْ سَبَقَ الوَطْءُ، فَقَدْ قِيلَ: يُقَدَّمُ عِدَّةُ السَّابِقِ.

وَقِيلَ: النِّكَاحُ أَقْوَىٰ، فَإِنْ قَدَّمْنَا عِدَّةَ الشُّبْهَةِ، أَوْ كَانَ قَدْ أَحْبَلَ؛ فَإِنَّ الحَمْلَ يُقَدَّمُ بِكُلِّ حَالٍ، فَفِي الرَّجْعَةِ قَبْلَ ٱشْتِغَالِهَا بِعِدَّةِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهَا، إِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فِي حَالَةِ عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، أَمَّا فِي حَالِ عِدَّتِهِ، إِذَا كَانَ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَوَجْهَانِ.

وَلَوْ رَاجَعَهَا، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الشُّبْهَةِ، لَمْ يَحِلَّ الوَطْءُ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً مِنْهُ، وَلَكِنْ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ، فَفِي جَوَازِ الوَطْءِ وَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي وَطْءِ الحَامِلِ مِنَ الزَّوْجِ، إِنْ وُطِئَتْ بِالشُّبْهَةِ، هَذَا كُلُّهُ، إِذَا عُلِمَ مَنْ مِنْهُ الحَمْلُ، وَإِنْ ٱحْتُمِلَ مِنْهُمَا، عُرِضَ عَلَى القَائِفِ، وَحُكِمَ بِمُوجِبِهِ، لَكِنَّ الزَّوْجَ إِنْ أَرَادَ الرَّجْعَةَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُرَاجِعَ قَبْلَ الوَضْعِ وَبَعْدَهُ، لِيَقَعَ ذَلِكَ فِي عِدَّتِهِ بِيَقِينٍ وَيَحْتَمِلُ الرَّجْعَةَ هَذَا الوَقْفُ؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَحِلَّ [و][(٥)] لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَعَقْدُ النِّكَاحِ مَرَّتَيْنِ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَجْهُ المَنْعِ أَنَّ النِّكَاحَ لاَ يَحْتَمِلُ الوَقْفَ، وَلاَ تُطَالِبُ بِالنَّفَقَةِ وَاحِداً مِنْهُمَا فِي

---

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «وذلك بأن يطأها الزوج في العدة، فيكفيها ثلاثة أقراء من وقت الوطء لكن الرجعة لا تتجاوز ثلاثة أقراء من وقت الطلاق، هذا مذكور في باب الرجعة، حيث قال وإذا وطئها بعد قرءين استأنف ثلاثة أقراء ولا رجعة إلا في الأول منها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن الحمل من وطء الشبهة انقطع عدة الطلاق إلى قوله: وجهان» بعد قوله فإن كانت إحداهما بالحمل اندرجت الأخرى تحت الحمل على أحد الوجهين مذكور في «كتاب الرجعة» حيث قال: وإن أحبلها فوضعت إلى رأس الفصل. [ت]

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

الحَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى الوَاطِىءِ بِالشُّبْهَةِ[1]؛ لأَنَّهُ الآنَ مُشْكِلٌ؛ فَإِنْ قَضَى القَائِفُ عِنْدَ الوَضْعِ لِلزَّوْجِ، فَلَهَا المُطَالَبَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ قَضَىٰ لِلوَاطِىءِ، فَلاَ؛ لأَنَّ مُضِيَّ الزَّمَانِ يُسْقِطُ نَفَقَةَ القَرِيبِ[2].

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ): العِدَّتَانِ مِنْ حَرْبِيَّيْنِ تَتَدَاخَلاَنِ؛ عَلَى النَّصِّ؛ لأَنَّ ٱسْتِيلاَءَ الثَّانِي يُبْطِلُ حَقَّ الأَوَّلِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ.

(الثَّانِي): البَائِنَةُ تَنْقَضِي عِدَّتُهَا، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ يُعَاشِرُهَا؛ عَلَى الأَقْيَسِ، [و][3]، وَالرَّجْعِيَّةُ لاَ تَنْقَضِي عِدَّتُهَا مَعَ المُجَالَسَةِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ فَإِنْ طَالَتِ المُفَارَقَةُ، ثُمَّ جَرَتْ خَلْوَةٌ، ٱحْتُمِلَ أَنْ تَنْقَطِعَ، وَٱحْتُمِلَ أَنْ يُبْنَىٰ مَا بَعْدَهَا عَلَيْهَا، وَمُخَالَطَةُ الأَجْنَبِيِّ لاَ تَمْنَعُ العِدَّةَ، وَمُخَالَطَةُ الزَّوْجِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ بَعْدَ ٱنْجِلاَءِ الشُّبْهَةِ لاَ يُؤَثِّرُ.

(الثَّالِثُ) إِذَا نَكَحَ مُعْتَدَّةً عَلَىٰ ظَنِّ الصِّحَّةِ، ٱنْقَطَعَ عِدَّةُ النِّكَاحِ، وَتَنْقَطِعُ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ أَوْ بِمُجَرَّدِ الزِّفَافِ، أَوْ بِحَقِيقَةِ الوَطْءِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ[4]، وَلاَ تُحَرَّمُ [م][5] المُعْتَدَّةُ عَلَىٰ نَاكِحِهَا؛ عَلَى التَّأْبِيدِ.

(الرَّابِعُ) إِذَا رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَفِي جَوَازِ ٱلاكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ العِدَّةِ السَّابِقَةِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً، فَجَدَّدَ نِكَاحَهَا، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ المَسِيسِ، يَكْفِيهَا [ح][6] بَقِيَّةُ العِدَّةِ السَّابِقَةِ؛ لأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ عَادَتْ إِلَىٰ نِكَاحٍ كَانَ فِيهِ وَطْءٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لاَ تَسْتَأْنِفُ[7] وَحَيْثُ نَقُولُ بِٱلاسْتِئْنَافِ، فَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً، فَيَكْفِيهَا وَضْعُ الحَمْلِ، وَلَوْ رَاجَعَهَا، فَوَضَعَتْ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَقُلْنَا بِالبِنَاءِ، رَجَعْنَا إِلَىٰ قَوْلِ ٱلاسْتِئْنَافِ؛ لِلضَّرُورَةِ، وَتَعَذُّرِ البِنَاءِ.

وَقِيلَ: سَقَطَتْ عَنْهَا البَقِيَّةُ؛ لِلتَّعَذُّرِ؛ فَلاَ شَيْءَ [عَلَيْهِ][8].

أَمَّا إِذَا رَاجَعَ الحَائِلَ فِي الطُّهْرِ الثَّالِثِ، ثُمَّ طَلَّقَ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا؛ إِذْ بَعْضُ الثَّالِثِ كَجَمِيعِهِ، فَلاَ بَقِيَّةَ عَلَيْهَا.

---

(١) قال الرافعي: «ولا تطالب بالنفقة واحداً منهما في الحال، وإن قلنا: يجب على الواطىء بالشبهة» الأشبه ما ذكره صاحب الشامل والروياني، وهو أنا إذا قلنا النفقة للحمل فينفقان عليها بالسوية وإن قلنا: يصرف إليها بعد الوضع أخذت حينئذٍ من كل واحد منهما نصف نفقتها. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قضى للواطىء فلا؛ لأن مضي الزمان يسقط نفقة القريب» الذي أورده جماعة منهم صاحب التهذيب أن هذه النفقة تصير دَيْناً في الذمة، ولا تكون كنفقة القريب. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وتنقطع مجرد العقد، أو الزفاف أو بحقيقة الوطء، فيه تردد» أي أقوال. [ت]

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(٧) قال الرافعي: «وإن طلقها قبل الرجعة، فالصحيح أنها لا تستأنف» أي من القولين. [ت]

(٨) في ب: عليها.

وَقِيلَ: البَعْضُ[1] مِنْ أَوَّلِ الطُّهْرِ لاَ أَثَرَ لَهُ؛ فَعَلَيْهَا قُرْءٌ آخَرُ.

(الخَامِسُ): إِذَا خَالَعَ المَمْسُوسَةَ، ثُمَّ جَدَّدَ، وَوَطِىءَ، وَخَالَعَ، آنْدَرَجَتِ البَقِيَّةُ الأُولَىٰ تَحْتَ هَذِهِ العِدَّةِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهَلْ تَنْدَرِجُ تِلْكَ البَقِيَّةُ تَحْتَ عِدَّةِ الوَفَاةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الكِتَابِ: فِي عِدَّةِ الوَفَاةِ وَالسُّكْنَىٰ، وَفِيهِ بَابَانِ:)

«الأَوَّلُ فِي العِدَّةِ»

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ تَحِضْ [م][2]، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً؛ فَلَوْ وَضَعَتْ فِي الحَالِ، حَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ [و][3]، وَيَحِلُّ لَهَا غَسْلُهُ بَعْدَ الوَضْعِ، وَبَعْدَ نِكَاحِ زَوْجٍ آخَرَ[4] أَيْضاً، وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى آمْرَأَتَيْهِ، وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، فَعَلَىٰ إِحْدَاهُمَا عِدَّةُ الطَّلاَقِ، وَعَلَى الأُخْرَىٰ عِدَّةُ الوَفَاةِ، فَعَلَيْهِمَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ، إِنْ كُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ لِلاحْتِيَاطِ؛ وَإِنْ كُنَّ حَوَامِلَ، فَيَكْفِي الوَضْعُ، أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الأَشْهُرِ، فَيَكْفِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَمَنِ آنْدَرَسَ خَبَرُ زَوْجِهَا، فَلَيْسَ لَهَا إِلاَّ الصَّبْرُ إِلَى المَوْتِ؛ عَلَى القَوْلِ الجَدِيدِ [ح م][5]، نَعَمْ، إِنْ لَمْ تُتْرَكِ النَّفَقَةُ، فَلَهَا طَلَبُ الفَسْخِ؛ بِسَبَبِهِ[6]، وَعَلَى القَدِيمِ إِنْ تَرَكَ النَّفَقَةَ، فَلَهَا أَنْ تَتَرَبَّصَ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدَّ عِدَّةَ الوَفَاةِ، وَتَنْكِحَ.

وَيَجِبُ الحِدَادُ فِي عِدَّةِ الوَفَاةِ، وَهُوَ تَرْكُ التَّزْيِينِ بِلُبْسِ الإِبْرَيْسَمِ[7]، أَوِ المَصْبُوغِ لِلزِّينَةِ، دُونَ الأَسْوَدِ، وَالأَكْهَبِ الكَدِرِ، وَيَجُوزُ الأَبْيَضُ مِمَّا سِوَى الإِبْرَيْسَمِ، وَلاَ يَجُوزُ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَاللَّآلِىءِ، وَيَحْرُمُ كُلُّ طِيبٍ يَحْرُمُ عَلَى المُحْرِمِ؛ وَكَذَا تَدْهِينُ الشَّعْرِ، وَإِنْ لم يَكُنْ فِيهِ طِيبٌ، وَفِي المَصْبُوغِ الخَشِنِ تَرَدُّدٌ[8]، وَلاَ يَجُوزُ المَصْبُوغُ، وَإِنْ صُبِغَ قَبْلَ النَّسْجِ، وَيَجُوزُ لُبْسُ الكَتَّانِ وَالخَزِّ وَالدَّبِيقِيِّ[9] الأَبْيَضِ.

---

(١) قال الرافعي: أما إذا راجع الحائل في الطُّهر الثالث، ثم طلق، فلا شيء عليها، إذ بعض الثالث كجميعه، فلا بقية عليها، وقيل: البعض إلى آخره نظم الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأظهر الثاني. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٤) قال الرافعي: «ويحل لها غسله بعد الوضع، وبعد نكاح زوج آخر» أصل غسل الزوجة زوجها قد قرّ في كتاب الجنائز والفرض هاهُنا القول في أنها إلى بعل [ت].

(٥) سقط من ب.

(٦) قال الرافعي: «نعم إن لم تترك النفقة فلها طلب الفسخ بسببه» دخيل في هذا المكان وهو مذكور من بعد وقصده الآن التنبيه على طريق الخلاص من احتمال مشقة الصبر. [ت]

(٧) قال الرافعي: «وهو ترك التَّزَيُّن بلبس الإبريسم» هذا ذهاب إلى أن الابريسم يحرم لبسه، وإن نسج على لونه الأصلي، وهو وجه للأصحاب وألحقه معظم الأصحاب بالكتان إذا لم يحدث فيه زينة. [ت]

(٨) قال الرافعي: «وفي المصبوغ الخشن تردد» قولان. [ت]

(٩) الدّبيقيُّ: بفتح الدال من دَقِّ ثِيَابَ مِصْرَ. قال الأَزْهَرِيُّ وأراه منسُوباً إلى قَرْيَةٍ إسْمها دَبِيقُ. ينظر: المصباح المنير ص١٨٩.

(وَيَجُوزُ التَّزْيِينُ في الفَرْشِ، وَأَثَاثِ البَيْتِ، وَلاَ تَكْتَحِلُ البَيْضَاءُ بِالإِثْمِدِ[1]، إِلاَّ بِسَبَبِ الرَّمَدِ لَيْلاً، وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً، وَلاَ بَأْسَ بِالتَّخَتُّمِ بِخَاتَمٍ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ[2]، وَلاَ بَأْسَ بِالتَّنَظُّفِ بِالقَلَمِ، وَٱلاسْتِحْدَادِ، وَإِزَالَةِ الوَسَخِ، وَعَلَيْهَا مُلاَزَمَةُ المَسْكَنِ، إِلاَّ لِحَاجَةٍ، فَإِنْ تَرَكَتْ جَمِيعَ ذَلِكَ، عَصَتْ، وَٱنْقَضَتِ العِدَّةُ.

(البَابُ الثَّانِي: في السُّكْنَىٰ)

وَالنَّظَرُ في أَمْرَيْنِ:

(الأَوَّلُ في المُسْتَحِقَّةِ)، وَهِيَ المُعْتَدَّةُ عَنْ طَلاَقٍ، بَائِنَةً كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةً، وَفِي المُعْتَدَّةِ عَنِ الْوَفَاةِ قَوْلاَنِ، وَفي المُعْتَدَّةِ عَنِ الفَسْخِ طَرِيقَانِ، وقيل قولان:

وَقِيلَ: لاَ سُكْنَىٰ لَهَا قَطْعاً.

وَإِنْ كَانَ الفَسْخُ تَعَلَّقَ بٱخْتِيَارِهَا أَوْ عَيْبِها، وَإِنْ كَانَ بِرِدَّةِ الزَّوْجِ، فَقَوْلاَنِ، وَمَنْ لاَ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ في النِّكَاحِ، فَلاَ سُكْنَىٰ لَهَا؛ كَالصَّغِيرَةِ وَالأَمَةِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالنَّاشِزَةِ، وَفِي وُجُوبِ لُزُومِ المَسْكَنِ عَلَى الأَمَةِ، إِذَا كَانَ السَّيِّدُ هُوَ الَّذِي عَيَّنَ المَسْكَنَ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لِلزَّوْجِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مُلاَزَمَةُ مَسْكَنِ النِّكَاحِ، فَلَوْ طُلِّقَتْ بَعْدَ ٱلانْتِقَالِ، لاَزَمَتِ الْمُنْتَقَلِ إِلَيْهِ، فَإِنْ أَذِنَ في ٱلانْتِقَالِ، وَطَلَّقَهَا في الطَّرِيقِ، فَالمَسْكَنُ هُوَ الأَوَّلُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالثَّانِي؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَالعِبْرَةُ في ٱلانْتِقَالِ بِالْبَدَنِ، لاَ بِالأَمْتِعَةِ (ح)، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا في سَفَرٍ، وَطَلَّقَ قَبْلَ مُفَارَقَةِ عُمْرَانِ البَلَدِ، فَلَهَا ٱلانْصِرَافُ، وَلَمْ يَجِبْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ كَيْلاَ يَبْطُلَ عَلَيْهَا أُهْبَةُ السَّفَرِ، وإِنْ كَانَ في الطَّرِيقِ، لَمْ يَلْزَمْهَا [و ح][3] ٱلانْصِرَافُ، وَكَانَ لَهَا إِتْمَامُ حَاجَتِهَا، وَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى المَسْكَنِ بَعْدَه؛ لِبَقِيَّةِ المُدَّةِ، وَإِنِ ٱنْقَضَتِ المُدَّةُ، فَلاَ يَجِبُ، وَإِنْ كَانَ سَفَرَ نُزْهَةٍ، وَأَذِنَ الزَّوْجُ مُدَّةً؛ فَفِي جَوَازِ ٱسْتِيفَاءِ المُدَّةِ قَوْلاَنِ، وَكَذَلِكَ في وُجُوبِ ٱلانْصِرَافِ عَنِ الطَّرِيقِ، وَفي وُجُوبِ تَرْكِ ٱلاعْتِكَافِ المَأْذُونِ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ خَرَجَتْ مَعَ الزَّوْجِ، فَطَلَّقَهَا، وَجَبَ عَلَيْهَا ٱلانْصِرَافُ؛ إِذْ لَيْسَ يَبْطُلُ أُهْبَتُهَا، إِذَا خَرَجَتْ بِأُهْبَةِ الزَّوْجِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهَا في الإِحْرَامِ، وَطَلَّقَ قَبْلَهُ، لَمْ تُحْرِمْ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِعُمْرَةٍ أَوْ بِحَجٍّ، وَهِيَ في البَلَدِ، وَقَبْلَ تَأْخِيرِ الحَجِّ، فَفِي وُجُوبِ التَّأْخِيرِ تَرَدُّدٌ؛ لِمَا في مُصَابَرَةِ الإِحْرَامِ مِنَ العُسْرِ، وَمَنْزِلُ البَدَوِيَّةِ مَسْكَنُهَا، فَلاَ تُفَارِقُ إِلاَّ إِذَا رَحَلُوا، فَإِنْ رَحَلَ أَهْلُهَا، وَهِيَ في أَمْنٍ، لَوْ أَقَامَتْ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ؛ إِذ مُفَارَقَةُ الأَهْلِ تَعْسُرُ، وَلَوْ رَحَلَتْ مَعَهُمْ، وَأَرَادَتِ المُقَامَ بِقَرْيَةٍ، جَازَ؛ بِخِلاَفِ

---

(١) قال الرافعي: «ولا تكتحل البيضاء بالإثمد» يريد أن للسوداء أن تكتحل به، لأنه لا يفيدها جمالاً، والأكثرون نفوا الفرق بين السّوداء والبيضاء وقالوا: إن فيه جمالاً للعينين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا بأس بالتختم بخاتم يحل للرجال» هذا وجه وقال الأكثرون ليس لها التحلي بالمتخذ من الذّهب والفضة يستوي فيه الخاتم وغيره. [ت]

(٣) سقط من ب.

البَلَدِيَّةِ [في السَّفرِ][1]، وَلَوْ كَانَتْ في دَارٍ أُخرَىٰ، فَقَالَتْ: لاَ أَنْتَقِلُ؛ فَإِنِّي ٱنْتَقَلْتُ بِالإِذْنِ، فَأَنْكَرَ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ.

وَإِنْ جَرَى الخِلاَفُ مَعَ الوَرَثَةِ، فَالقَوْلُ قَوْلُها[2]؛ إِذْ وُجُودُ ٱلانْتِقَالِ يُقَوِّي جَانِبَهَا.

وَقِيل: في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ [بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ][3].

وَيَجُوزُ لَهَا مُفَارَقَةُ المَسْكَنِ بِعُذْرٍ ظَاهِرٍ؛ لِحَاجَةِ الطَّعَامِ، أَوْ خَوْفِ المَالِ، وَالنَّفْسِ، وَالهِجْرَةِ، وَإِقَامَةِ الحَدِّ عَلَيْهَا، وَلاَ يَجُوزُ في طَلَبِ زِيَادَةٍ؛ كَتِجَارَةٍ، وَكَتَعْجِيلِ حَجَّةِ الإِسْلاَمِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ)، وَعَلَيْهِ أَلاَّ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ، إِلاَّ إِذَا كَانَ نَفِيساً لاَ يَلِيقُ بِحَالِهَا، فَلَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَىٰ مَوْضِعٍ آخَرَ، وَلْيَطْلُبْ مَوْضِعاً قَرِيباً؛ حَتَّىٰ لاَ يَبْعُدَ ٱلانْتِقَالُ[4]، وَإِنْ كَانَتْ قَدْ رَضِيَتْ بِدَارٍ خَسِيسَةٍ، فَلَهَا ٱلانْتِقَالُ إِلَىٰ أُخرَىٰ، وَعَلَيْهِ الإِبْدَالُ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ مُدَاخَلَةُ الدَّارِ؛ لأَجْلِ الخَلْوَةِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا مَحْرَمٌ، أَوْ ٱمْرَأَةٌ يَحْتَشِمُ جَانِبَهَا، أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ أُخرَىٰ، أَوْ جَارِيَةٌ، أَوْ مَحْرَمٌ لَهُ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلاَنِ بِٱمْرَأَةٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلٌ بِنِسْوَةٍ ثِقَاتٍ، وَلَهُ الدُّخُولُ إِنْ كَانَتْ في حُجْرَةٍ مُنْفَرِدَةِ المَرَافِقِ، وَإِلاَّ لَمْ يَجُزْ إِلاَّ مَعَ مَحْرَمٍ، وَلاَ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ ٱلدَّارِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ عِدَّتُهَا بِالأَشْهُرِ، فَيُخَرَّجُ عَلَىٰ بَيْعِ الدَّارِ المُكْرَاةِ؛ لأَنَّ آخِرَ الأَقْرَاءِ وَالحَمْلِ مَجْهُولٌ؛ وَذَاتُ الأَشْهُرِ إِذَا تُوُقِّعَ طَرَيَانُ حَيْضِهَا، فَفِي البَيْعِ خِلاَفٌ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، فَحَاضَتْ، خُرِّجَ عَلَى ٱخْتِلاَطِ الثِّمَارِ بِالمَبِيعِ، وَإِنْ كَانَ المَنْزِلُ مُسْتَعَاراً أو مُسْتَأْجَراً، فَعَلَى الزَّوْجِ الإِبْدَالُ عِنْدَ رُجُوعِ المُعِيرِ، وَٱنْتِهَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ، فَإِنِ ٱحْتَاجَ إِلَى الأُجْرَةِ(م) وَأَفْلَسَ، ضَارَبَتْ بِأُجْرَةِ مُدَّةِ الأَقْرَاءِ، إِنْ كَانَتْ مُسْتَقِيمَةَ العَادَةِ، أَوِ الأَقَلِّ، إِنْ لَمْ تَسْتَقِمْ، وَلِلْحَمْلِ إِتْمَامُ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ، وَلاَ يُنْظَرُ إِلَى الزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِباً، ٱسْتَقْرَضَ القَاضِي عَلَيْهِ، فَإِنِ ٱسْتَقَلَّتْ بِذَلِكَ، فَفِي رُجُوعِهَا خِلاَفٌ، وَإِنْ أَلْزَمْنَا السُّكْنَىٰ في عِدَّةِ الوَفَاةِ، فَهُوَ مِنَ التَّرِكَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرِكَةٌ، وَرَضِيَ الوَارِثُ بِمُقَامِهَا، لَزِمَهَا المُلاَزَمَةُ[5]، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَجِبُ، إِذَا كَانَ

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو كانت في دار أخرى فقالت: لا أنتقل؛ فإني انتقلت بالإذن فالقول قوله وإن جرى الخلاف مع الوارث فالقول قولها إلى آخره» مقصود الصورة ما إذا قال الزوج لما طلقها: عودي إلى الدار الأولى واعتدي فيها فإنما أذنت لكِ في الخروج لغرض عارضٍ، وقالت: أذنت للنقلة فأَعْتَدُّ في المنزل الثاني، والأكثرون قالوا: النص في صورة اختلاف الزوجين تصديق الزوجة، ففي صورة الخلاف الوارث مع الزوجة تصديق الوارث على خلاف ما نقله صاحب الكتاب [ت].

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «وليطلب موضعاً قريباً حتى لا يبعد الانتقال» أراد به أن النَّقل إلى الأقرب مستحب، وظاهر كلام الأصحاب يدل على وجوبه [ت].

(٥) قال الرافعي: «وإن ألزمنا السُّكنى في عدة الوفاة فهو من التركة، فإن لم تكن تركة وَرَضي الوَارِثُ بمقامها لزمها الملازمة إلى آخره ذكر القولين تفريعاً على القول بوجوب السُّكنى ولا يكاد يوجد حكاية الخلاف على القول بوجوب السُّكنى إلا في هذا الكتاب، والجمهور أطلقوا القول بوجوب الإجابة تفريعاً على =

الشُّغْلُ مَوْهُوماً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ تَعْيِينُ المَسْكَنِ عَلَيْهَا.

(الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنَ الكِتَابِ: في ٱلاسْتِبْرَاءِ[1]، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الأَوَّلُ): في قَدْرِهِ، وَحُكْمِهِ، وَشَرْطِهِ:

(أَمَّا القَدْرُ)، فَقُرْءٌ وَاحِدٌ، وَهِيَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ، وَلاَ يَكْفِي بَقِيَّةُ حَيْضَةٍ[2].

وَقِيلَ: إِنَّهُ طُهْرٌ.

ثُمَّ في ٱلاكْتِفَاءِ بِبَقِيَّةِ طُهْرٍ خِلاَفٌ.

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الأَشْهُرِ، فَشَهْرٌ وَاحِدٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَالمُسْتَوْلَدَةُ إِذَا عَتَقَتِ، ٱسْتَبْرَأَتْ بِقُرْءٍ (ح) وَاحِدٍ[3]، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، فَاسْتِبْرَاؤُهَا بِالوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الزِّنَا، كَانَ ٱنْفِصَالُهُ كَٱنْفِصَالِ الحَيْضِ.

(أَمَّا حُكْمُهُ)، فَهُوَ تَحْرِيمُ ٱلاسْتِمْتَاعِ إِلاَّ في ٱلمَسْبِيَّةِ؛ فَإِنَّهُ لاَ يَحْرُمُ إِلاَّ وَطْؤُهَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَحْرُمُ ٱلاسْتِمْتَاعُ.

(وَأَمَّا شَرْطُهُ)، فَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ حُصُولِ مِلْكٍ لاَزِمٍ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ قَبْلَ قَبْضِ المُشْتَرَاةِ (و)، وَلاَ يَجُوزُ في الْهِبَةِ قَبْلَ القَبْضِ، وَيَجُوزُ في الوَصِيَّةِ، وَلٰكِنْ بَعْدَ القَبُولِ وَمَوْتِ المُوصِي، وَلاَ يَجُوزُ في مُدَّةِ الْخِيَارِ، إِنْ قُلْنَا: المِلْكُ لِلبَائِعِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْمُشْتَرِي، فَهُوَ كَمَا قَبْلَ القَبْضِ وَأَضْعَفُ، وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ مُرْتَدَّةً، فَأَسْلَمَتْ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ حَيْضَةٍ بَعْدَ المِلْكِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ؛ لِعَدَمِ مَظِنَّةِ ٱلاسْتِحْلاَلِ، وَلَوْ تَعَدَّىٰ بِوَطْئِهَا قَبْلَ ٱلاسْتِبْرَاءِ، لَمْ يَنْقَطِعِ ٱلاسْتِبْرَاءُ، فَإِنْ أَحْبَلَهَا، وَهِيَ حَائِضٌ، حَلَّتْ لِتَمَامِ الحَيْضِ؛ بِسَبَبِ ٱنْقِطَاعِهِ بِالحَمْلِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في السَّبَبِ)، وَهُوَ ٱثْنَانِ:

= القولين جميعاً احتياطاً من الوارث كمال الموروث، وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط» وغيره وجهين تفريعاً على قول عدم الوجوب لا على قول الوجوب [ت].

(١) الاستبراء مأخوذ من التَّبرِّى، وهو التخلُّص، وإن كان مصدراً إلا أن المزيد يؤخذ من المجرد، ومما هو أقل منه زيادة. وهو لغة الاستقصاء، والبحث، والكَشف عن الأمر الغامض وشرعاً: هو الكَشْفُ عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك؛ مراعاة لحفظ النسب.

وقال ابن عرفة مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

(٢) قال الرافعي: «ولا يكفي بقية حيضة» وقيل: إنه ظهر الخلاف فيه قولان ويقال: وجهان [ت].

(٣) قال الرافعي: «والمستولدة إذا عتقت استبرأت بقرء واحد». المسألة مذكورة من بعد، ولو لم يذكرها في هذا الموضع لم يضر [ت].

(الأَوَّلُ): حُصُولُ المِلْكِ بِإِرْثٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ بَيْعٍ، أو فَسْخٍ (ح)، أَوْ إِقَالَةٍ (ح)، وَإِنْ كَانَ ٱلانتِقَالُ مِنَ ٱمْرَأَةٍ، أَوْ صَبِيٍّ، وَجَبَ أَيْضاً، وَيَجِبُ في ٱلْبِكْرِ [و][1] وَالصَّغِيرَةِ [م][2] وَالآيِسَةِ، وَلاَ يُجْزِىءُ ٱسْتِبْرَاؤُهَا قَبْلَ البَيْعِ، وَيَجِبُ [ح][3] ٱسْتِبْرَاءُ المُكَاتَبَةِ، إِذَا عَادَتْ إِلَى الرِّقِّ بِالعَجْزِ، وَلاَ أَثَرَ لِتَحْرِيمِ الصَّوْمِ وَالرَّهْنِ، أَمَّا زَوَالُ تَحْرِيمِ الرِّدَّةِ وَالإِحْرَامِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي زَوَالِ تَحْرِيمِ التَّزْوِيجِ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ المَسِيسِ، وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ، فَعَادَتْ إِلَيْهِ بِالفَسْخِ، فَيَجِبُ ٱلاسْتِبْرَاءُ، إِنْ قُلْنَا بِزَوَالِ مِلْكِهِ، أَوْ بِتَحْرِيمِ الوَطْءِ، وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَجَبَ الإِسْتِبْرَاءُ عَلَى وَجْهٍ لِتَبَدُّلِ جِهَةِ الحِلِّ وَتَجَدُّدِ المِلْكِ وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مُعْتَدَّةً، أَوْ مُزَوَّجَةً، ٱسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ العِدَّةِ أَوْ الطَّلاَقِ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَجِبْ عِنْدَ التَّمَلُّكِ؛ فَلاَ يَجِبُ بَعْدَهُ.

(السَّبَبُ الثَّانِي): زَوَالُ الفِرَاشِ عَنِ الأَمَةِ (ح) المَوْطُوءَةِ[4] وَالمُسْتَوْلَدَةِ بِالعِتْقِ، أَمَّا بِالإِعْتَاقِ أَوْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، يُوجِبُ التَّرَبُّصَ بِقُرْءٍ وَاحِدٍ، وَمَنْ أَرَادَ تَزْوِيجَ الأَمَةِ المَوْطُوءَةِ، فَعَلَيْهِ ٱلاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ (ح) قَبْلَ التَّزْوِيجِ، وَلَوِ ٱسْتَبْرَأَهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا، لَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهَا عَلَىٰ وَجْهٍ، إِلاَّ بَعْدَ التَّرَبُّصِ بِقُرْءٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ[5]؛ لأَنَّ الْعِتْقَ أَوْجَبَ ذَٰلِكَ؛ وَكَذَا الخِلاَفُ لَوْ زَوَّجَهَا المُشْتَرِي، وَقَدِ ٱسْتُبْرِئَتْ قَبْلَ الشِّرَاءِ.

وَقِيلَ: ذَٰلِكَ يَمْتَنِعُ في المُسْتَوْلَدَةِ، دُونَ الرَّقِيقَةِ لِشَبَهِ فِرَاشِهَا بِفِرَاشِ النِّكَاحِ، وَالمُسْتَوْلَدَةُ المُزَوَّجَةُ إِذَا أُعْتِقَتْ، فَفِي وُجُوبِ ٱلاسْتِبْرَاءِ عَلَيْهَا خِلاَفٌ[6]، وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ، وَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَهَا فِي مُدَّةِ التَّرَبُّصِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَالمُسْتَوْلَدَةُ المُزَوَّجَةُ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوَّلاً، فَعَلَيْهَا لِوَفَاةِ الزَّوْجِ عِدَّةُ الحَرَائِرِ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوَّلاً، فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الإِمَاءِ، وَبَعْدَ ذَٰلِكَ عَلَيْهَا التَّرَبُّصُ لِلسَّيِّدِ بِحَيْضَةٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، إِنْ لَمْ تَحِضْ فِي مُدَّةِ العِدَّةِ، فَإِنْ مَاتَا مَعاً، فَالصَّحِيحُ أَنَّ عِدَّتَهَا عِدَّةُ الإِمَاءِ، وَمَهْمَا قَالَتْ: حِضْتُ، حَلَّ لِلسَّيِّدِ، وَطْؤُهَا فِي الاسْتِبْرَاءِ وَلَوْ ٱمْتَنَعَتْ على السَّيِّد فَقَالَ أَخْبَرْتِنِي بِتَمَامِ الإِسْتِبْرَاءِ صُدِّقَ السَّيِّدُ وَهَلْ لَهَا أَنْ تُحَلِّفَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ إِذَا ٱدَّعَتْ تَحْرِيماً بِسَبَبِ وَطْءِ المُوَرِّثِ، فَهَلْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا لِلتَّحْلِيفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ) فِيمَا تَصِيرُ بِهِ الأَمَةُ فِرَاشاً، وَهُوَ الإِقْرَارُ (ح) بِالوَطْءِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَىٰ ٱلاسْتِبْرَاءِ،

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) قال الرافعي: «زوال الفراش عن الأمة الموطوءة» والتعرض للفراش يغني عن ذكر الوطء فإنها به تكون فراشاً[ت].

(٥) قال الرافعي: «فلو استبرأها ثم أعتقها لم يجز تزويجها إلا بعد التربُّص بقرء على وجه» قيل: هو قول [ت].

(٦) قال الرافعي: «والمستولدة المزوّجة إذا عتقت ففي وجوب الاستبراء عليها خلاف» قولان [ت].

فَإِنِ ٱدَّعَىٰ ٱلاسْتِبْرَاءَ بعْدَ الوَطْءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ الوَلَدُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

وَقِيلَ: يَلْحقُ، وَلاَ يَنْتَفِي إِلاَّ بِاللِّعَانِ، وَلَوِ ٱدَّعَتْ أُمِّيَّةَ الوَلَدِ، فَلَهَا تَحْلِيفُهُ، فَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا وَطِئَهَا بَعْدَ الحَيْضِ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ يَقُولُ فِي اليَمِينِ: وَلَيْسَ الوَلَدُ مِنِّي.

وَلَوْ أَتَتْ بَعْدَ إِقْرَارِ الوَطْءِ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَهَذَا أَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَلْحَقَ مِنْ صُورَةِ دَعْوَىٰ ٱلاسْتِبْرَاءِ؛ وَكَذَا الخِلاَفُ فِي الوَلَدِ الَّذِي لاَ يُمْكِنُ إِلاَّ مِنْ وَطْءٍ آخَرَ، وَكَأَنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَىٰ أَنَّهَا لاَ تَصِيرُ فِرَاشاً بِمُجَرَّدِ الإِقْرَارِ، وَلَكِنْ مَا يَقْتَضِيهِ الإِقْرَارُ يُؤَاخَذُ بِهِ، وَلَوِ ٱدَّعَى العَزْلَ، لَحِقَهُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِإِتْيَانِهَا فِي غَيْرِ المَأْتَىٰ، لَمْ يَلْحَقْهُ الوَلَدُ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ زَوْجَتَهُ، فَوَلَدَتْ لِزَمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ المِلْكَيْنِ، لَحِقَهُ (و) فَلَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ مَالَمْ يُقِرَّ بِالوَطْءِ، فَإِنْ أَقَرَّ، وَٱحْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّكَاحِ، فَفِي أُمِّيَّةِ الوَلَدِ مَعَ ٱلاحْتِمَالِ تَرَدُّدٌ.

(كِتَابُ الرِّضَاعِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوابٍ:)

(الْبَابُ الأَوَّلُ: في أَرْكَانِهِ)

وَهِيَ ثَلاَثَةٌ:

(الأَوَّلُ: الْمُرْضِعَةُ)، وَهِيَ كُلُّ ٱمْرَأَةٍ حَيَّةٍ تَحْتَمِلُ الْوِلاَدَةَ؛ فَلاَ حُكْمَ لِلَبَنِ ٱلْبَهِيمَةِ، وَلاَ لِلَبَنِ الرَّجُلِ[1] (ح و)، وَلاَ لِلَبَنِ المَيْتَةِ (ح م)، فَإِنْ حُلِبَ لَبَنُهَا، فَمَاتَتْ، فَشَرِبَ ٱلصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِهَا، حَرُمَ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ المَذهَبَيْنِ (و)، وَلاَ حُكْمَ لِلَبَنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ تِسْعِ سِنِينَ، وَبَعْدَ تِسْعِ سِنِينَ يُحَرِّمُ لَبَنُهَا؛ لاحْتِمَالِ البُلُوغِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجَرَّدُ اللَّبَنِ دَلِيلَ البُلُوغِ، وَفِي لَبَنِ البِكْرِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يُؤَثِّرُ.

(الثَّانِي: اللَّبَنُ)، والمُعْتَبَرُ وُصُولُ عَيْنِهِ أَوْ عَيْنِ مَا حَصَلَ مِنْهُ مِنْ جُبْنٍ (ح)، أَوْ أَقِطٍ (ح)، سَوَاءٌ كَانَ صِرْفاً أَوْ مَخْلُوطاً بِمَائِعٍ، مَالَمْ يَصِرْ مَغْلُوباً بِحَيْثُ لاَ يُؤَثِّرُ في التَّغْذِيَةِ قَطْعاً، فَإِنْ صَارَ مَغْلُوباً؛ فَإِنْ ٱمْتَزَجَ بِأَقَلَّ مِنْ قُلَّتَيْنِ[2]، وَشَرِبَ الصَّبِيُّ كُلَّهُ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ شَرِبَ بَعْضَهُ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، فَإِنِ ٱمْتَزَجَ بِقُلَّتَيْنِ، وَشَرِبَ بَعْضَهُ، لَم يُؤَثِّرْ، وَإِنْ شَرِبَ كُلَّهُ، فَقَوْلاَنِ؛ فَلاَ يَحْسُنُ ٱعْتِبَارُ القُلَّتَيْنِ مِنْ غَيْرِ المَاءِ.

(الثَّالِثُ: المَحَلُّ)، وَهُوَ مَعِدَةُ الصَّبِيِّ الحَيِّ، فَلاَ أَثَرَ للإِيصَالِ إِلَىٰ مَعِدَةِ المَيِّتِ، وَلاَ إِلَى جَوْفِ ٱلْكَبِيرِ، أَعْنِي بَعْدَ الحَوْلَيْنِ.

وَأَمَّا الحُقْنَةُ وَالسَّعُوطُ[3] وَالتَّقْطِيرُ في الإِحْلِيلِ وَالْجِرَاحَةِ، فَحَيْثُ لاَ إِفْطَارَ لاَ تَحْرِيمَ، وَحَيْثُ يَحْصُلُ الإِفْطَارُ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، وَأَوْلاَهُمَا بِالتَّحْرِيمِ السَّعُوطُ؛ لاتِّصَالِ الدِّمَاغِ بِالمَعِدَةِ، وَشَرْطُ الرَّضَاعِ العَدَدُ، (ح م و) وَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَيَحْصُلُ التَّعْدِيدُ بِتَخَلُّلِ فَصْلٍ بَيْنَ الرَّضَعَاتِ، وَلاَ يَحْصُلُ بِأَنْ يَلْفِظَ الصَّبِيُّ الثَّدْيَ أَوْ يَتَحَوَّلَ إِلَى الثَّانِي، أَوْ يَلْهُوَ لَحْظَةً، بَلْ مَا يُعَدُّ في العُرْفِ وَالتَّمْيِيزِ رَضْعَتَيْنِ.

(فَرْعٌ): لَوْ شَكَكْنَا في العَدَدِ، فَلاَ تَحْرِيمَ، وَإِنْ شَكَكْنَا في وُقُوعِهِ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ، فَقَدْ تَقَابَلَ أَصْلاَنِ، وَهُوَ بَقَاءُ المُدَّةِ وَعَدَمُ التَّحْرِيمِ، لَكِنَّ الأَصَحَّ (و) أَنَّهُ لاَ تَحْرِيمَ إِلاَّ

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «وإن صار مغلوباً فإن امتزج بأقل من قلتين إلى آخره». هذا طريق والطريق الأظهر أنه لا فرق بين الماء وغيره من المائعات، بل تتعلق الحرمة بالمخلوط إن كان اللبن غالباً، وإن كان مغلوباً ففي قول: لا يتعلق به التحريم، والأصح التعلق، وعلى هذا فإن شربه كله ثبت التحريم، وإن شرب بعضه فلا يثبت في أصح الوجهين [ت].

(٣) قال الرافعي: «وأما الحقنة والسُّعوط إلى آخره» الذي ذكره في السعوط وهو إثبات الخلاف أحد الطريقين، والأصح القطع بثبوت التحريم [ت].

بيقينٍ[١].

(قاعِدَةٌ): لَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ مُسْتَوْلَدَاتٍ، أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٌ، فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِلَبَانِهِ مَرَّةً، لَمْ يُحَرِّمِ المُرْتَضِعُ عَلَيْهِنَّ، وَيُحَرَّمُ عَلَى الفَحْلِ (و)؛ لأَنَّهُ اجْتَمَعَ العَدَدُ في حَقِّهِ، وَهُوَ لَيْسَ تَابِعاً للأُمِّ؛ هَذَا أَصَحُّ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَهُنَّ خَمْسُ بَنَاتٍ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَحْصُلَ، وَالأَخَوَاتُ كَالبَنَاتِ، وَلَوْ كُنَّ مُخْتَلِفَاتٍ؛ كَأُمٍّ وَبِنْتٍ وَأُخْتٍ وَزَوْجَةٍ وَجَدَّةٍ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لاَ يُحَرِّمُ؛ إِذْ لا يَحْصُلُ مِنْ مَجْمُوعِهَا قَرَابَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَرْضَعَ خَمْسَ مُسْتَوْلَدَاتٍ عَلَى التَّوَالِي، فَهِيَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِتَعَدُّدِ المُرْضِعِ، وَقِيلَ: تَعَدُّدُ المُرْضِعَةِ كَتَعَدُّدِ الثَّدْيِ.

(البَابُ الثَّانِي: فِيمَنْ يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ)

وَالأُصُولُ فِيهِ المُرْتَضِعُ وَالمُرْضِعَةُ وَالفَحْلُ (و)، وَلَمَّا حُرِّمَتِ المُرْضِعَةُ عَلَى الرَّضِيعِ، حُرِّمَ أَيْضاً عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا مِنَ الرَّضَاعِ، وَالنَّسَبِ؛ فَإِنَّهُنَّ جَدَّاتٌ، وَأَخَوَاتُهَا مِنَ النَّسَبِ وَالرَّضَاعِ خَالاَتٌ، وَأَوْلاَدُهَا مِنَ الْجِهَتَيْنِ إِخْوَةٌ، وَكَذَلِكَ أَوْلاَدُ الإِخْوَةِ، وَكَذَلِكَ أَوْلاَدُ الرَّضِيعِ أَحْفَادُ المُرْضِعَةِ، وَلاَ يُحَرِّمُ المُرْضِعَةَ عَلَىٰ أَبِ المُرْتَضِعِ وَعَلَىٰ أَخِيهِ، وَكَذَلِكَ زَوْجُ المُرْضِعَةِ أَبُو المُرْتَضِعِ، وَأَبُوهُ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ، وَوَلَدُهُ أَخُوهُ، وَعَلَىٰ هَذَا القِيَاسِ، لَكِنْ يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ مِنْ وَلَدِ الفَحْلِ، فَإِنْ كَانَ الوَلَدُ مِنَ الزِّنَا أَوْ مَنْفِيّاً بِاللِّعَانِ، فَلاَ نِسْبَةَ لِلَّبَنِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الوَلَدُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ، انْتَسَبَ الوَلَدُ؛ عَلَى الأَصَحِّ أَيْضاً، فَلَوْ وُطِئَتِ المَنْكُوحَةُ بِالشُّبْهَةِ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ، يُحْتَمَلُ مِنْهُمَا، فَأَرْضَعَتْ صَغِيرَةً، فَهِيَ وَلَدُ مَنْ يَثْبُتُ لَهُ نَسَبُ الوَلَدِ؛ بِإِلْحَاقِ القَائِفِ، أَوْ بِانْتِسَابِ الصَّغِيرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ[٢]، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الانْتِسَابِ، انْتَسَبَ الرَّضِيعُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ بِنَفْسِهِ، وَبَقِيَ مُشْتَبِهاً، عَلَىٰ وَجْهٍ، فَيُحَرَّمُ عَلَيْهِمَا جَمِيعاً، وَفِي وَجْهٍ ثَالِثٍ لَهُ أَنْ يُوَاصِلَ أَيَّهُمَا شَاءَ، وَلَكِنْ إِذَا وَاصَلَ أَحَدَهُمَا، امْتَنَعَ عَلَيْهِ الثَّانِي، وَلَوْ كَانَ لَبَنُ المُطَلَّقَةِ دَارّاً، فَرَضِيعُهَا ابْنُ المُطَلِّقِ، وَلَوْ بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ إِلَىٰ أَنْ تَضَعَ حَمْلاً مِنْ وَطْءِ غَيْرِهِ؛ فَإِذْ ذَاكَ يَنْقَطِعُ نَسَبُ اللَّبَنِ عَنْهُ، أَمَّا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ، فَاللَّبَنُ (ح) لِلثَّانِي؛ عَلَىٰ وَجْهٍ[٣](و)، وَلِلأَوَّلِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهٍ، وَهَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ قَدِ انْقَطَعَ، ثُمَّ عَادَ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَهُمَا؛ عَلَى وَجْهٍ، وَلاَ صَائِرَ إِلَىٰ تَخْصِيصِهِ بِالثَّانِي.

---

(١) قال الرافعي: «لكن الأصح أنه لا تحريم إلا بيقين»، أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو وطئت المنكوحة بالشبهة، وأتت بولد، يحتمل أن يكون منهما فأرضعت صغيرة إلى أن قال: أو بانتساب الصغير بعد بلوغه» لا ضرورة إلى التصوير في الصغيرة بل الصغير، كالصغيرة وإذا كان كذلك فالتذكير أولى، ولو طرح لفظ الصغير في قوله: أو بانتساب الصَّغير وقال بانتسابه بعد بلوغه أو بانتساب المولود كان أحسن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما في مدة الحمل فاللَّبن للثاني على وجه إلى آخره» هذه أقوال مشهورة لا وجوه، وكذا الحال في قوله: فهو للأول على وجه، ولهما على وجه [ت].

(البَابُ الثَّالِثُ في الرَّضَاعِ القَاطِعِ لِلنِّكَاحِ وَحُكْمِ الغُرْمِ، وَفِيهِ أَصْلاَنِ)

(الأَوَّلُ): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا أَمَتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ بِلِبَانِهِ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَيَجِبُ عَلَى المُرْضِعَةِ تَمَامُ مَهْرِ المِثْلِ (ح)؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَتَمَامُ المُسَمَّىٰ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

أَمَّا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ؛ حَتَّىٰ صَارَتَا أُخْتَيْنِ، انْدَفَعَتَا (و) جَمِيعاً، وَغُرِّمَتِ المُرْضِعَةُ مَهْرَ الكَبِيرَةِ المَمْسُوسَةِ؛ عَلَى القَوْلِ الصَّحِيحِ.

وَفِي قَوْلٍ: لاَ تُغَرَّمُ شَيْئاً، كَمَا لَو ارْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ، وَالغُرْمُ يَجِبُ بِفِعْلِهَا، فَلَوْ نَامَتْ، فَدَبَّتْ إِلَيْهَا الصَّغِيرَةُ، وَارْتَضَعَتْ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهَا (و)، وَيَسْقُطُ مَهْرُ الصَّغِيرَةِ بِفِعْلِهَا، عَلَىٰ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: لَهَا نِصْفُ المُسَمَّىٰ.

(الأَصْلُ الثَّانِي: المُصَاهَرَةُ)، وَقَدْ يَتَعَلَّقُ بِالرَّضَاعِ، فَمَنْ نَكَحَ رَضِيعَةً حُرِّمَ عَلَيْهِ مُرْضِعَتُهَا؛ لأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَ صَغِيرَةً، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ مَنْ أَرْضَعَتْهَا بَعْدَ الطَّلاَقِ، وَلاَ نَظَرَ إِلَى التَّارِيخِ فِي ذَلِكَ، وَإِذَا نَكَحَتِ المُطَلَّقَةُ صَغِيراً أَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلِبَانِ الزَّوْجِ، حُرِّمَتِ المُرْضِعَةُ عَلَى المُطَلِّقِ، لأَنَّهَا صَارَتْ زَوْجَةَ الرَّضِيعِ، وَالرَّضِيعُ ابْنُ المُطَلِّقِ، وَكَذَلِكَ المُسْتَوْلَدَةُ، وَإِذَا نَكَحَ زَيْدٌ كَبِيرَةً وَعَمْرٌو صَغِيرَةً، فَطَلَّقَاهُمَا، ثُمَّ نَكَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَةَ صَاحِبِهِ، فَأَرْضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ، حُرِّمَتِ الكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا؛ لأَنَّهَا أُمُّ الصَّغِيرَةِ الَّتِي كَانَتْ زَوْجَتَهُمَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ، فَرَبِيبَتُهُ، لأَنَّهَا بِنْتُ الكَبِيرَةِ، فَيُنْظَرُ إِلَىٰ أَنَّ الكَبِيرَةَ مَدْخُولٌ بِهَا أَمْ لاَ.

وَيَتَشَعَّبُ مِنْ هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ فُرُوعٌ:

(الأَوَّلُ): إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتْهَا الكَبِيرَةُ بِلِبَانِهِ، حُرِّمَتَا أَبَداً؛ لأَنَّ الكَبِيرَةَ أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَالصَّغِيرَةَ بِنْتُهُ، وَإِنْ كَانَ بِلِبَانِ غَيْرِهِ، لَمْ تَصِرِ الصَّغِيرَةُ بِنْتاً، بَلْ رَبِيبَةً مُحَرَّمَةً، إِنْ كَانَتِ الكَبِيرَةُ مَدْخُولاً بِهَا، وَإِنَّمَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا؛ لأَنَّهَا اجْتَمَعَتْ مَعَ الأُمِّ فِي النِّكَاحِ فَيَنْدَفِعَانِ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِ الصَّغِيرَةِ.

(الثَّانِي:) لَوْ كَانَ مَعَ الكَبِيرَةِ ثَلاَثُ صَغَائِرَ، فَأَوْجَرَتْهُنَّ لَبَنَهَا المَحْلُوبَ فِي دَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ، انْدَفَعَ نِكَاحُ الصَّغَائِرِ؛ لِلأُخُوَّةِ بَيْنَهُنَّ؛ وَلِلاجْتِمَاعِ مَعَ الأُمِّ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهِنَّ سِوَى الكَبِيرَةِ، فَإِنْ كَانَ بِلِبَانِهِ، حُرِّمْنَ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الأُولَيَيْنِ مَعاً، ثُمَّ الثَّالِثَةَ، لاَ نَفْسَخُ نِكَاحَهَا مَعَ المُرْتَضِعَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ، وَلَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ؛ فَإِنَّهَا أَرْضَعَتْ بَعْدَ انْدِفَاعِ نِكَاحِ أُمِّهَا فَأُخْتَيْهَا، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الجَمِيعَ؛ عَلَى التَّوَالِي، انْدَفَعَ نِكَاحُ الكَبِيرَةِ مَعَ الأُولَىٰ، وَلَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ فِي الحَالِ، وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ أَرْضَعَتْهَا، وَتَحْتَهُ الثَّانِيَةُ، وَهَلْ يَخْتَصُّ الانْدِفَاعُ بِالثَّالِثَةِ، أَمْ يُقَالُ: هِيَ وَإِنْ كَانَتْ أَخِيرَةً وَسَبَباً لِلاجْتِمَاعِ، فَلَيْسَتْ بِأَوْلَىٰ مِنَ الثَّانِيَةِ، فَيَنْدَفِعَانِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَكَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ صَغِيرَتَيْنِ تَحْتَ زَوْجٍ؛ عَلَى التَّوَالِي، انْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ، وَفِي الأُولَى القَوْلاَنِ.

(الثَّالِثُ): تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلاَثُ صَغَائِرَ، وَلِلْكَبِيرَةِ ثَلاَثُ بَنَاتٍ، أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ صَغِيرَةً، صَارَتْ الْكَبِيرَةُ جَدَّةَ الصَغَائِرِ، وَحُرِّمَتْ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَأَمَّا الصَّغَائِرُ، صِرْنَ رَبَائِبَ، فَيُحَرَّمْنَ عَلَى التَّأْبِيدِ، إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالكَبِيرَةِ.

(البَابُ الرَّابِعُ: في النِّزَاعِ)

فَإِنْ تَوَافَقَا عَلى الرَّضَاعِ، أَعْنِي الزَّوْجَيْنِ، فَلاَ مَهْرَ، وَٱنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَإِنِ ٱدَّعَى الزَّوْجُ، وَأَنْكَرَتِ، ٱنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَلَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا إلا بِبَيِّنَةٍ وإِنِ ادَّعَتْ هي وأنكرَ لَمْ يَنْدَفِعِ النكاح وَلَكِنَّهَا لاَ تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ المَهْرِ، فَإِنْ كَانَ المَهْرُ(و) مَقْبُوضاً، لَمْ يَقْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى ٱسْتِرْدَادِهِ مَعَ الإِنْكَارِ، وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الحَلِفِ، فَيَحْلِفُ مُدَّعِي الرَّضَاعِ عَلَى البَتِّ (و)، وَمُنْكِرُهُ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ، أَمَّا الشَّهَادَةُ، فَتَثْبُتُ (ح) بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، فَإِنْ شَهِدَتْ أُمُّهَا وَٱبْنَتُهَا، وَهِيَ مُنْكِرَةٌ، قُبِلَ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَّعِيَةً، فَلاَ، وَيُقْبَلُ ٱبْتِدَاءً مِنْهُمَا بِطَرِيقِ الْحِسْبَةِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ المُرْضِعَةِ؛ لأَنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مَقْصُودٍ بالإِثْبَاتِ، بَلْ وُصُولِ اللَّبَنِ، إِلاَّ أَنْ يَطْلُبَ الأُجْرَةَ، فَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهَا، وإِنَّمَا يَعْرِفُ الشَّاهِدُ وُصُولَ اللَّبَنِ إِلَى الجَوْفِ بِقَرِينَةِ مُشَاهَدَةِ ٱلالْتِقَامِ، وَالتَّجَرُّعِ، وَحَرَكَةِ الحَلْقِ، ثُمَّ يَشْهَدُ عَلَى البَتِّ؛ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا رَضَاعاً مُحَرِّماً[1]، وَإِنْ شَهِدَ عَلَىٰ فِعْلِ الإِرْضَاعِ، فَلْيَذْكُرِ الوَقْتَ وَالعَدَدَ، وَهَلْ عَلَيْهِ ذِكْرُ وُصُولِ اللَّبَنِ إِلى الجَوْفِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ يَكْفِي أَنْ يَحْكِيَ القَرَائِنَ؛ فَيَقُولَ: رَأَيْتُهُ قَدِ ٱلْتَقَمَ الثَّدْيَ، وَحَلْقُهُ يَتَحَرَّكُ.

---

(١) قال الرافعي: «لم يشهد على البتّ أن بينهما رضاعاً محرماً» ظاهره قبول الشهادة المطلقة هكذا، وهو وجه والأكثرون على أنه لا بد من التفصيل، والتعرض للشرائط [ت].

(كِتَابُ النَّفَقَاتِ)

وَأَسْبَابُهَا ثَلاَثَةٌ: النِّكَاحُ، وَالقَرَابَةُ، وَالمِلْكُ.

السَّبَبُ الأَوَّلُ: النِّكَاحُ، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ:

(البَابُ الأَوَّلُ: في قَدْرِ النَّفَقَةِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في وَاجِبَاتِ النَّفَقَةِ)، وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الوَاجِبُ الأَوَّلُ):

الطَّعَامُ، وَهُوَ مُدٌّ (ح م و) عَلَى المُعْسِرِ، وَمُدَّانِ (ح م و) عَلَى المُوسِرِ، وَمُدٌّ وَنِصْفٌ (ح م و) عَلَى المُتَوَسِّطِ، وَلاَ تُعْتَبَرُ الكِفَايَةُ (ح م ز)، وَلاَ يُعْتَبَرُ حَالُ المَرْأَةِ (ح) في مَنْصِبِهَا، وَالمُعْسِرُ هُوَ الَّذِي لاَ شَيْءَ لَهُ، وَهُوَ المِسْكِينُ الَّذِي يَأْخُذُ سَهْمَ المَسَاكِينِ، وَالمُتَوَسِّطُ هُوَ الَّذِي لَوْ كُلِّفَ مُدَّيْنِ، لَرَجَعَ إِلَى المَسْكَنَةِ، وَمَنْ جَاوَزَ ذَلِكَ، فَهُوَ مُوسِرٌ(و)، وَالمُكَاتَبُ وَالعَبْدُ مُعْسِرَانِ، وَكَذَا مَنْ نِصْفُهُ (ز) حُرٌّ، وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، أَمَّا جِنْسُ الطَّعَامِ، فَغَالِبُ قُوتِ البَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَا يَلِيقُ بِالزَّوْجِ.

(الوَاجِبُ الثَّانِي): الأُدْمُ، وَهُوَ مِكْيَلَةُ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ كُلَّ يَوْمٍ تَقْرِيباً، وَرَطْلُ لَحْمٍ في الأُسْبُوعِ لِلْمُعْسِرِ (و ز)، وَرَطْلاَنِ لِلْمُوسِرِ.

وَقِيلَ: يُزَادُ عَلَيْهِ في بَعْضِ البِلاَدِ، إِذَا كَانَتِ الْعَادَةُ تَقْتَضِيهِ، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجِنْسٍ وَاحِدٍ مِنَ الأُدْمِ، فَلَهَا السَّعْيُ في الإِبْدَالِ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الأُدْمَ، وَإِنْ لَمْ تَأْكُلْ.

(الوَاجِبُ الثَّالِثُ): نَفَقَةُ الخَادِمَةِ لِمَنْ يَقْتَضِي مَنْصِبُهَا الْخِدْمَةَ، وَلاَ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ شِرَاءُ خَادِمَةٍ وَتَمْلِيكُهَا، وَلَكِنْ يَجِبُ الإِخْدَامُ بِاسْتِئْجَارِ حُرَّةٍ، أَوْ اسْتِخْدَامِ مَمْلُوكَةٍ، أَوِ الإِنْفَاقِ عَلَى جَارِيَتِهَا، وَلِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَى المُعْسِرِ، وَمَدٌّ[1] على المُوسِرِ، وَلاَ مَزِيدَ، وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا في الغَالِبِ[2]، وفي اسْتِحْقَاقِهَا الأُدْمِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ خَدَمَتْ بِنَفْسِهَا، فَلَيْسَ (و) لَهَا نَفَقَةُ الخَادِمَةِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الخِدْمَةَ فيما لاَ يَسْتَحيي مِنْهُ[3]؛ لِيُخَفِّفَ عَنْ نَفْسِهِ بَعْضَ مُؤْنَةِ الْخَادِمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْدَالُ خَادِمَتِهَا المَأْلُوفَةِ إِلاَّ بِرِيبَةٍ، وَلَهُ أَنْ

---

(١) في ب: مد وثلث.

(٢) قال الرافعي: «وللخادمة مُدٌّ على المعسر: إلى قوله: وهو قدر كفايتها في الغالب» أشار به إلى ما ذكر في الوسيط أن ذكر المد والثلث. على التقريب والصحيح أنه ينظر إلى كفايتها، وظاهر ما أجراه الأصحاب التقدير. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وللزوج أن يتولى الخدمة فيما لا يَسْتَحِيي منه إلى آخره» يريد ما لا يستحي منه كغسل الثوب واستقاء الماء والكنس والطبخ ما يستحي منه كصب الماء على يدها، وحمله إلى المستحم، وغسل=

يُخْرِجَ سَائِرَ خَدَمَتِهَا سِوَى الوَاحِدَةِ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ سُكْنَاهُنَّ، بَلْ لَهُ مَنْعُ أَبَوَيْهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمَنْعُهَا مِنَ الخُرُوجِ لِلزِّيَارَةِ، وَالرَّقِيقَةُ المَنْكُوحَةُ الَّتِي تُخْدَمُ لِجَمَالِهَا، تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الخَادِمِ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(الوَاجِبُ الرَّابِعُ) الْكِسْوَةُ، وهِيَ في الصَّيْفِ خِمَارٌ وقَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَمُكَعَّبٌ[1]، وَفِي الشِّتَاءِ يَزِيدُ الجُبَّةَ، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ لَيِّنِ البَصْرَةِ لِلْمُوسِرِ، أَعْنِي الْكِرْبَاسَ، وَمِنْ غَلِيظِهِ لِلْمُعْسِرِ، وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَادَتِهَا الحَرِيرُ وَالكَتَّانُ، لَمْ يَلْزَمْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ فَإِنَّهُ رُعُونَةٌ، وَلاَ بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ مِلْحَفَةٍ وَشِعَارٍ[2] وَمُضَرَّبَةٍ (و) وَثِيرَةٍ وَمِخَدَّةٍ وَلِبَدٍ تَحْتَهُ أَوْ حَصِيرٍ.

وَهَلْ لَهَا طَلَبُ زِلِّيَّةٍ[3] تُفْرَشُ نَهَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ بُدَّ مِنْ آلَةِ الطَّبْخِ، وَآلَةِ الشُّرْبِ مِنْ كُوزٍ وَجَرَّةٍ وَقِدْرٍ وَمِغْرَفَةٍ، وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الخَزَفِ وَالحَجَرِ وَالخَشَبِ، وَكُسْوَةُ الخَادِمَةِ أَخْشَنُ جِنْساً، وَطَعَامُهَا مِثْلُ طَعَامِ المَخْدُومَةِ، وَفِي جِنْسِ إِدَامِهَا تَرَدُّدٌ، وَتَسْتَحِقُّ الخَادِمَةُ الخُفَّ دُونَ المَخْدُومَةِ.

(الوَاجِبُ الخَامِسُ: آلَةُ التَّنْظِيفِ)، وَهُوَ المِشْطُ وَالدُّهْنُ، وَلاَ يَجِبُ الكُحْلُ وَالطِّيبُ، وَيَجِبُ المرتك لِلصُّنَانِ، وَلِلزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثَّوْمِ، وَمَا لَهُ رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ، وَمِنْ تَنَاوُلِ السُّمِّ، وَهَلْ لَهُ المَنْعُ مِنَ الأَطْعِمَةِ المُمْرِضَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ تَسْتَحِقُّ الدَّوَاءَ لِلمَرَضِ، وَلاَ أُجْرَةَ الْحِجَامَةِ، وَلاَ أُجْرَةَ الحَمَّامِ إِلاَّ إِذَا اشْتَدَّ البَرْدُ[4]، وَالخَادِمَةُ لا تَسْتَحِقُّ آلَةَ التَّنْظِيفِ.

(الوَاجِبُ السَّادِسُ: السُّكْنَىٰ)، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَاراً تَلِيقُ بِهَا؛ إِمَّا بِعَارِيَّةٍ، أَوْ بِإِجَارَةٍ، أَوْ مِلْكٍ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في كَيْفِيَّةِ الإِنْفَاقِ)، أَمَّا الطَّعَامُ، فَيَجِبُ فيه تَمْلِيكُ الْحَبِّ وَمُؤْنَةِ الطَّحْنِ وَالْخَبْزِ وَإِصْلاَحِ اللَّحْمِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا الأَكْلَ مَعهُ، فَإِنْ كَانَتْ تَأْكُلُ، سَقَطَ نَفَقَتُهَا؛ عَلَىٰ أَحْسَنِ الوَجْهَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ تَعْتَاضَ الدَّرَاهِمَ عَنِ النَّفَقَةِ قَبْلَ القَبْضِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَتِ الخُبْزَ، فَهُوَ أَوْلَىٰ بِالمَنْعِ، لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّبَا، وَلَهَا طَلَبُ النَّفَقَةِ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ إِلى اللَّيْلِ، وَلَوْ مَاتَتْ في أَثْنَاءِ النَّهَارِ لاَ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ نَشَزَتْ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ أَيَّامٍ، مَلَكَتْ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُسْتَرَدُّ بالنُّشُوزِ، وَهَلْ يُسْتَرَدُّ بِالمَوْتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

= خرق الحَيْض، فليس له أن يتولاه، وهذا ذهاب إلى أن النوعين يتوظفان على الخادمة لكن في التهذيب وغيره، وهو الذي ينبغي أن يقال به: إن المراد من الخدمة في الباب ما يؤول إلى خاصيتها، وأما الطبخ والغسل والكنس فلا يجب على المرأة شيء منها ولا على الخادمة، بل هي على الزوج. [ت]

(١) المَوْشِيُّ من البرود والأثواب. ينظر المعجم الوسيط ٢/٧٩٠.

(٢) قال الرافعي: «وملحفة وشعار» لم يتعرض الأكثرون للشِّعار وقيدوا الملحفة بالشتاء وبالبلاد الباردة. [ت]

(٣) الزِّلية: نوع من البسط. ينظر المعجم الوسيط (١/٣٩٨).

(٤) قال الرافعي: «ولا أجرة الحمام إلاّ إذا اشتد البرد» هذا وجه والأظهر وجوبها إلا إذا كانت من أهل القرى الذين لا يعتادون دخول الحمام. [ت]

أَمَّا الكُسْوَةُ، فَيَكْفِي فِيها الإمْتاعُ دُونَ التَّمْلِيكِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ كَالمسكنِ وَالأَثَاثِ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا كُسْوَةَ الصَّيْفِ، فَتَلِفَتْ في يَدِهَا، أَوْ أَتْلَفَتْ، فَعَلَيْهِ الإِبْدَالُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتَاعٌ، وَلَكِنِ عَلَيْهَا قِيمَةُ المُتْلَفِ، وَإِنْ مَاتَتْ في أَثْنَاءِ الصَّيْفِ، يُسْتَرَدُّ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتَاعٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِيكٌ، فَوَجْهَانِ.

(البَابُ الثَّانِي: في مُسْقِطَاتِ النَّفَقَةِ)

وَيَجِبُ النَّفَقَةُ بِالعَقْدِ (ز) بِشَرْطِ عَدَمِ النُّشُوزِ، وَعَلَىٰ قَوْلٍ تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَعَلَىٰ هَذَا لَوْ تَنَازَعَا في النُّشُوزِ، فَعَلَيْهَا بَيِّنَةُ التَّمْكِينِ؛ وَعَلَى القَوْلِ الأَوَّلِ، عَلَيْهِ بَيِّنَةُ النُّشُوزِ، وَتَسْتَحِقُّ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ عَلَى القَوْلِ الأَوَّلِ، إِذَا كَانَتْ سَاكِنَةً؛ إِذْ لاَ نُشُوزَ، وَلاَ تَسْتَحِقُّ عَلَى الثَّانِي؛ إِذْ لاَ تَمْكِينَ.

وَمَوَانِعُ النَّفَقَةِ أَرْبَعَةٌ:

(المَانِعُ الأَوَّلُ: النُّشُوزُ)، وَمَنْعُ الوَطْءِ وَالاسْتِمْتَاعِ نُشُوزٌ، وَالخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نُشُوزٌ، وَالخُرُوجُ في بَعْضِ الْيَوْمِ يُسْقِطُ بَعْضَ النَّفَقَةِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَجَمِيعَهَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَجِبُ النَّفَقَةُ لِلرَّتْقَاءِ وَالمَرِيضَةِ وَالمَجْنُونَةِ؛ فَإِنَّ هَذِهِ أَعْذَارٌ دَائِمَةٌ، وَتَسْقُطُ بِنُشُوزِ المَجْنُونَةِ، وَلَوْ خَرَجَتْ في حَاجَةِ الزَّوْجِ بِإِذْنِهِ، فَلَهَا النَّفَقَةُ، وَإِنْ خَرَجَتْ في حَاجَةِ نَفْسِهَا، فَقَوْلاَنِ، وَإِذَا امْتَنَعَتْ عَنِ الزِّفَافِ بِغَيْرِ عُذْرٍ، فَنَاشِزَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً يَضُرُّ بِهَا الوَطْءُ، فَمَعْذُورَةٌ، وَلاَ يُؤْتَمَنُ الرَّجُلُ في قَوْلِهِ: لاَ أَطَؤُهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَ الوَطْءِ مُضِراً، ثَبَتَ بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَهَلْ يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَلَوْ نَشَزَتْ بِالخُرُوجِ عَنِ المَسْكَنِ، فَغَابَ الزَّوْجُ، فَعَادَتْ، لَمْ تَعُدِ النَّفَقَةُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[1]؛ حَتَّىٰ يَقْضِيَ القَاضِي بِطَاعَتِهَا، أَوْ يَرْجِعَ الزَّوْجُ، أَوْ تَنْقَضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا سَقَطَ نَفَقَتُهَا بِرِدَّتِهَا، عَادَتْ بِمُجَرَّدِ إِسْلاَمِهَا دُونَ قَضَاءِ القَاضِي، عَلَىٰ أَفْقَهِ الطَّرِيقَيْنِ.

(المَانِعُ الثَّانِي: الصِّغَرُ)، وَإِذَا زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ بَالِغٍ، فَلَهَا النَّفَقَةُ، إِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالعَقْدِ.

وَإِنْ قُلْنا: تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَلاَ.

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بَالِغَةٌ مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ؛ لأَنَّ المَانِعَ مِنْ جَانِبِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِصِغَرِهِ، اسْتَحَقَّتْ، وَإِلاَّ فَلاَ، وَإِنْ زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ صَغِيرٍ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ تَجِبَ.

(المَانِعُ الثَّالِثُ: العِبَادَاتُ)، وَإِذَا أَحْرَمَتْ بِإِذْنِهِ، فَقَدْ سَافَرَتْ في غَرَضِ نَفْسِهَا، وَهَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا قَبْلَ الخُرُوجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقُلْنَا: لَهُ تَحْلِيلُهَا، فَلَهَا النَّفَقَةُ مَا دَامَتْ مُقِيمَةً؛ عَلَىٰ أَشْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

---

(١) قال الرافعي: ولو نشزت بالخروج عن المسكن فغاب الزوج فعادت، لم تعد النفقة على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُحَلِّلُهَا، فَهِيَ نَاشِزَةٌ مِنْ وَقْتِ (و) الإِحْرَامِ.

وَلاَ تَسقطُ نَفَقَتُهَا بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَهُ مَنْعُهَا عَنْ نَوَافِلِ الصَّوْمِ والصَّلاَةِ، وَفِي الرَّوَاتِبِ وَجْهَانِ، وَصَوْمُ عَاشُورَاءَ وَعَرَفَةَ؛ كَالرَّوَاتِبِ، لاَ كَصَوْمِ الاثْنَيْنِ وَالخَمِيسِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي مَنْعِهَا مِنَ الفَرْضِ فِي أَوَّلِ الوَقْتِ، وَفِي البِدَارِ إِلَى القَضَاءِ الَّذِي هُوَ عَلَى التَّرَاخِي، وَلَوْ مَنَعَهَا مِنْ صَوْمِ نَذْرٍ بَعْدَ النِّكَاحِ، فَإِنْ لَمْ يُحَلِّلْهَا، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي الإِحْرَامِ.

(المَانِعُ الرَّابِعُ: العِدَّةُ)، وَالمُعْتَدَّةُ المُطَلَّقَةُ، إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً[1]، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلاَّ إِذَا أُحْبِلَتْ مِنَ الشُّبْهَةِ، وَتَأَخَّرَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ، وَقُلْنَا: لاَ رَجْعَةَ لَهُ فِي الحَالِ، فَلاَ نَفَقَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهُ الرَّجْعَةُ، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ بِعَكْسِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا البَائِنَةُ، فَلَهَا السُّكْنَىٰ، وَلَيْسَ لَهَا النَّفَقَةُ[2](ح)، إِلاَّ أَنْ تَكُونَ حَامِلاً، وَالفَسْخُ كَالطَّلاَقِ (و)، إِنْ حَصَلَ بِرِدَّتِهِ، وَإِنِ اسْتَنَدَ إِلَى اخْتِيَارِهَا أَوْ إِلَى عَيْبِهَا، سَقَطَ جَمِيعُ المَهْرِ، وَسَقَطَتِ النَّفَقَةُ[3]، إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلحَمْلِ، وَفِرَاقُ اللِّعَانِ يُضَافُ إِلَيْهَا؛ كَالفَسْخِ، أَوْ يُحَالُ عَلَىٰ فِعْلِ الزَّوْجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ أَنْفَقَتْ عَلَى الوَلَدِ المَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ؛ لأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وِلاَيَةَ الاسْتِقْرَاضِ، بِدَلِيلِ قِصَّةِ هِنْد[4] [5].

---

(١) قال الرافعي: والمعتدة المطلقة إن كانت رجعيّة» لفظ المطلقة مُستغنى عنه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما البائنة فلها السّكنى وليس لها النفقة»، قد سبق القول في السُّكنى في العدة، ولا حاجة إلى إعادته ها هنا. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استند إلى اختيارها، أو إلى غيبها سقط جميع المهر، وسقطت النفقة». سقوط المهر مذكور في موضعه، ولا ضرورة إلى ذكره ها هنا. [ت]

(٤) قال الرافعي: «هند» هي بنت عتبة بن ربيعة زوجة أبي سفيان بن حرب، روت عنها عائشة رضى الله عنها، وقضية مجيئها إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وبنعتها إياه مشهورة. [ت]

(٥) قال الرافعي: «بدليل قصة هند» روى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً بنت عُتْبَة أتت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي منه إلاّ ما يُدخِلُ عليّ، فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلّم ـ: «خُذِي مَا يَكْفِيك وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ».

ورواه البخاري عن محمد بن المثنى عن يحيى، ومسلم عن عليّ بن حجر عن علي بن مُسهر برواية يحيى وابن مسهر عن هشام. [ت]

والحديث أخرجه أحمد (٦/ ٥٠)، والبخاري (٤/ ٤٠٥) كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب الأقضية، باب قضية هند، الحديث (٧/ ١٧١٤). أبو داود (٣/ ٨٠٢) كتاب البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، الحديث (٣٥٣٢)=

وَأَمَّا المُعْتَدَّةُ عَنْ شُبْهَةٍ، إِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ، فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا، عَلَىٰ أَفْقَهِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ خَلِيَّةً عَنِ النِّكَاحِ، فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الوَاطِىءِ إِلاَّ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً، فَفِيهِ قَوْلاَنِ يَنْبَنِيَانِ عَلَىٰ أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ، ٱعْتُبِرَ كِفَايَتُهُ، وَلَمْ تَتَقَدَّرْ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الوَضْعِ، سَقَطَتْ؛ إِذْ لاَ نَفَقَةَ لِلْقَرِيبِ بَعْدَ المَوْتِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، فَهِيَ فِي التَّقْدِيرِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ[1]، وَلاَ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ عُلْقَةَ الحَبْسِ دَائِمَةٌ؛ وَكَأَنَّ الطَّلاَقَ أَوْجَبَهَا دَفْعَةً.

(فَرْعٌ): الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ تَعْجِيلُ النَّفَقَةِ قَبْلَ الوَضْعِ[2] بِنَفْسِ الحَمْلِ؛ لِظَاهِرِ الآيَةِ، فَإِنْ بَانَ أَنْ لا حَمْلَ، ٱسْتَرَدَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ، وَظَهَرَ الحَمْلُ، وَجَبَ التَّسْلِيمُ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْحَمْلِ؛ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ(و) بِمُضِيِّ الزَّمَانِ[3]، وَلاَ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الرَّقِيقِ، وَلاَ عَلَى الحُرِّ فِي المَوْلُودِ الرَّقِيقِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ، وَجَبَ عَلَيْهِمَا.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي ٱلإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ)

وَهُوَ مُوجِبٌ (ح) لِلْفَسْخِ؛ فِي أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الطَّرَفُ الأَوَّلُ: فِي العَجْزِ)، وَنَعْنِي بِهِ أَنْ يَعْجَزَ عَنِ القُوْتِ بِالفَقْرِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِالمَنْعِ مَعَ الغِنَىٰ، فَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ.

= والنسائي (٨/ ٢٤٦) كتاب آداب القضاء، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه. وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، الحديث (٢٢٩٣). والدارمي (٢/ ١٥٩) كتاب النكاح، باب في وجوب نفقة الرجل على أهله. والحميدي (١/ ١١٨) رقم (٢٤٢). والشافعي في «مُسْنَدِه» (٢/ ٦٤)، كتاب الطلاق، باب النفقات حديث (٢١٠، ٢١١). وأبو يعلى (٨/ ٩٨) رقم (٤٦٣٦). وابن حبان (٤٢٤١)، الإحسان والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ٣٣٨). وابن الجارود (١٠٢٥). وعبد الرزاق (٩/ ١٢٦ ـ ١٢٧) رقم (١٦٦١٣). وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨/ ١٨٨). والدارقطني (٤/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥) كتاب الأقضية والأحكام حديث (١٠٨). والبيهقي (٧/ ٤٧٧) كتاب النفقات، باب النفقة على الأولاد من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

(١) قال الرافعي: «فإن قلنا للحمل اعتبر كفايته ولم تقدر على أقيس الوجهين ثم قال وإن قلنا للحامل فهي في التقدير كنفقة الزوجة» المشهور والذي أورده الأكثرون أنها مقدرة كما في صلب النكاح ولم يتعرضوا للبناء على القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الصحيح أنه يجب تعجيل النفقة قبل الوَضْع» أي من القولين.

(٣) قال الرافعي: «وإن تأخر وظهر الحمل وجب التسليم إلا إذا قلنا: إنه للحمل فإنه يسقط بمضي الزمان» النهي الذي أورده الأكثرون أنها لا تسقط، وإن جعلناها للحمل؛ لأن الحامل تستقها وتنتفع بها، فهي كنفقة الزوجة. [ت]

وَقِيلَ: لاَ فَسْخَ؛ لأَنَّهُ ظُلْمٌ، وَالقَادِرُ بِالكَسْبِ كَالقَادِرِ بِالمَالِ، وَالعَجْزُ عَنِ الأُدْمِ لاَ يُؤَثِّرُ؛ عَلَى الأَصَحِّ.

وفي العَجْزِ عَنِ الكُسْوَةِ أَوِ المَسْكَنِ أَوْ نَفَقَةِ الخَادِمِ (م) وَجْهَانِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ العَجْزُ عَنِ المَهْرِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ[1]، وَلاَ يُؤَثِّرُ العَجْزُ عَنْ نَفَقَةِ الزَّمَانِ المَاضِي، بَلْ ذَلِكَ دَيْنٌ مُسْتَقِرٌّ في ذِمَّتِهِ، فَرَضَهُ القَاضِي أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ (ح)، وَلَوْ قَدَرَ كُلَّ يَوْمٍ عَلَىٰ ثُلُثِ المُدِّ، فَلَهَا الفَسْخُ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى النِّصْفِ، فَوَجْهَانِ؛ إِذْ في الخَبَرِ؛ أَنَّ طَعَامَ الوَاحِدِ يَكْفِي ٱلإِثْنَيْنِ[2].

(الطَّرَفُ الثَّانِي) في حَقِيقَةِ هَذَا الرَّفْعِ، فَالرَّفْعُ بِالجَبِّ فَسْخٌ وَبِالإِيلاَءِ طَلاَقٌ، وَهُوَ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا،

---

(١) قال الرافعي: «ولا يؤثر العجز عن المهر على الصحيح» فيه طرق: أظهرها أنه يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول؛ لأنه عجز عن تسليم العوض والمعوض باقٍ بحاله، فصار كما إذا أفلس المشتري بالثمن وإن كان بعده فقولان: وجه المنع أن النفس تبقى بدونه والثاني أنه لا يثبت الفسخ بعد الدخول، وقبله قولان والثالث: طرد القولين في الحالين والرابع: القطع بالنفي في الحالين، وهذا ما اختاره الإمام وصاحب الكتاب والظاهر عند الأكثرين ثبوت الفسخ قبل الدخول والنفي بعده. [ت]

(٢) قال الرافعي: «في الخبر أن طعام الواحد يكفي الاثنين» روى أبو عيسى الترمذي عن محمد بن بشار عن عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن الأعمش عن أبي سفيان، وابن ماجه عن محمد بن عبد الله الرَّمِّيّ عن يحيى بن زياد الأسدي عن ابن جُرَيْج عن أبي الزبير بروايتهما عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «طَعَامُ الواحد يكفي لاثنين، وطعام الاثنين يكفي لأربعة» وأخرجه ابن ماجه من رواية عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أيضاً. [ت]

حديث جابر أخرجه مسلم (٣/١٦٣) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساة في الطعام القليل، حديث (١٨١/٢٠٥٨). والترمذي (٤/٢٣٦) كتاب الأطعمة، باب ما جاء في طعام الواحد يكفي لاثنين حديث (١٨٢١). وأحمد (٣/٣١٥). وأبو يعلى (٣/٤١٦) رقم (١٩٠٢) كلهم من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر وأخرجه مسلم (٣/ ١٦٣٠) كتاب الأشربة، باب فضيله المواساه في الطعام القليل، حديث (١٧٩/٢٠٥٩). وابن ماجه (٢/ ١٠٨٤) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الإثنين حديث (٣٢٥٤). والدارمي (٢/ ١٠) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الاثنين. وأحمد (٣/ ٣٨٢) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٩٣ بتحقيقنا) كلهم من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر وأخرجه مسلم (٢٠٥٩). وأحمد (٣/ ٣٠١) من طريق الأعمش عن أبي الزبير عن جابر.

ـ أما حديث عمر

أخرجه ابن ماجه (٢/١٠٨٤) كتاب الأطعمة، باب طعام الواحد يكفي الاثنين حديث (٣٢٥٥) من طريق قهرمان آل الزبير قال: سمعت سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن جده عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن طعام الواحد يكفي الاثنين وإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة والأربعة وإن طعام الأربعة يكفي الخمسة والستة.

قال البوصيري في الزوائد (٣/٧١): هذا إسناد ضعيف لضعف قهرمان آل الزبير عمرو بن دينار فقد ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والفلاس والبخاري والترمذي والنسائي وغيرهم.

فَفِيهِ خِلاَفٌ[1]، فإنْ قُلْنَا: طَلاَقٌ، رَفعَتِ الأمْرَ إلَى القَاضِي؛ حَتَّىٰ يَحْبِسَهُ؛ لِيُنْفِقَ أَوْ يُطَلِّقَ، فَإنْ أَبَىٰ طَلَّقَ القَاضِي طَلاَقاً رَجْعِيّاً، فَإنْ رَاجَعَ، طَلَّقَ ثَانِياً وَثَالِثاً، وَإنْ قُلْنَا: فَسْخٌ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ؛ لإثْبَاتِ الإعْسَارِ، ثُمَّ لَهَا الفَسْخُ، إذَا أَقَامَتِ البَيِّنَةَ، أَوْ أَقَرَّ الزَّوْجُ، فَإنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الرَّفْعِ عِنْدَ عِلْمِهَا بِالعَجْزِ، فَفِي ٱلانْفِسَاخِ بَاطِناً تَرَدُّدٌ، وَلاَ يَنْفَسِخُ ظَاهِراً.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: في وقْتِ الفَسْخِ)، وَلَهَا المُطَالَبَةُ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ بِالنَّفَقَةِ، وَلَكِنَّ المُعْسِرَ، هَلْ يُمْهَلُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ؛ لِيَتَحَقَّقَ عَجْزُهُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): لاَ يُمْهَلُ وَلَكِنْ لاَ يُفْسَخُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، بَلْ آخِرَ النَّهَارِ، أَوْ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ لِيسْتَقِرَّ الحَقُّ، نَعَمْ، لَوْ كَانَ يَعْتَادُ الإتْيَانَ بالطَّعَامِ لَيْلاً، فَلَهَا الفَسْخُ، وَلَوْ قَالَ صَبِيحَةَ النَّهَارِ: أَنَا اليَوْمَ عَاجِزٌ، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لاَ يُفْسَخُ في الحَالِ إلَى ٱنْقِضَاءِ اليَوْمِ.

(والقَوْلُ الثَّانِي): أَنَّهُ يُمْهَلُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ، وَهُوَ الأَحْسَنُ، وَلَهَا الفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ، إنْ لَمْ يُسَلِّمِ النَّفَقَةَ، فَإنْ سَلَّمَ لِلرَّابِعِ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الفَسْخُ لِلمَاضِي، وَإنْ سَلَّمَ لِلثَّالِثِ صَبِيحَةَ الثَّالِثِ، وَعَادَ إلَى العَجْزِ في الرَّابِعِ يَسْتَأْنِفُ المُدَّةَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيَبْنِي عَلَى المُدَّةِ السَّابِقَةِ؛ عَلَى وَجْهٍ، فَيَصِيرُ يَوْماً آخَرَ، وَإنْ رَضِيَتْ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ المُدَّةِ، فَلَهَا الفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ كَزَوْجَةِ المُولِي، لاَ كَزَوْجَةِ العِنِّينِ[2]، وَقَوْلُهَا: «رَضِيتُ بِإعْسَارِهِ أَبَداً» وَعْدٌ لاَ يَجِبُ الوَفَاءُ به.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ)، وَذلِكَ لِلزَّوْجَةِ خَاصَّةً، وَلَيْسَ لِوَلِيِّ المَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ طَلَبُ الفَسْخِ، بَلِ الفَسْخُ كَالطَّلاقِ؛ لاَ يَقْبَلُ النِّيَابَةَ، وَفِي سَيِّدِ الأَمَةِ الصَّغِيرَةِ وَالمَجْنُونَةِ المُزَوَّجَةِ وَجْهَانِ، وَإنْ كَانَتِ الأَمَةُ بَالِغَةً، فَحَقُّ الفَسْخِ لَهَا، وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ الفَسْخُ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، لَكِنْ لاَ نَفَقَةَ عَلَيْهِ؛ فَإمَّا أَنْ تَصْبِرَ الأَمَةُ عَلَى الجُوعِ أَوْ تَفْسَخَ، وَالنَّفَقَةُ تَدْخُلُ فِي مِلْكِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهَا حَقُّ الوَثِيقَةِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَجُوزَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهَا إلاَّ بِبَدَلٍ، وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهَا قَبْلَ الإبْدَالِ، وَإنْ قُلْنَا: إنَّ الإعْسَارَ لاَ يُوجِبُ الفَسْخَ أَصْلاً، فَالظَّاهِرُ؛ أَنَّهُ يُبْطِلُ حَقَّ الحَبْسِ في المَنْزِلِ، وَلَهَا مَنْعُهُ مِنَ الوَطْءِ، إنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَبْطَلَتْ حَقَّهَا بِالتَّمْكِينِ.

(السَّبَبُ الثَّانِي لِلنَّفَقَةِ: القَرَابَةُ، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي أَصْلِ النَّفَقَةِ)

وَتَجِبُ بِقَرَابَةِ البَعْضِيَّةِ (و م)، دُونَ المَحْرَمِيَّةِ (ح)، وَإنَّمَا تَجِبُ عَلَى المُوسِرِ (و)، وَهُوَ الَّذِي

---

(١) قال الرافعي: «فالرفع بالجب فسخ، وبالإيلاء طلاق، وهو دائر بينهما ففيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن رضيت بعد انقضاء المدة، فلها الفسخ بعد ذلك كزوجة المولى لا كزوجة العنين... إلى آخره» قد ذكر حكم العُنّة في بابها مع مخالفة الإيلاء لها، وذكرهما وحكم الرضا بالإعساف في باب الإيلاء مرة أخرى وأعاد الصور الثلاث هاهنا، ويستحق الأب الإعفاف مذكورة في كتاب النكاح. [ت]

فَضَلَ مِنْ قُوتِ يَوْمِهِ شَيْءٌ، وَيُبَاعُ (و ح)، عَبْدُهُ وَعَقَارُهُ (ح) فِيهِ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ الْكَسْبُ؛ لأَجْلِ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ لِلَّذِي لاَ شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَادِراً عَلَى الْكَسْبِ، ٱسْتَحَقَّ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَسْتَحِقُّ الأَبُ وَالأُصُولُ دُونَ الفُرُوعِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، أَمَّا الطِّفْلُ الْكَسُوبُ، فَيَسْتَحِقُّ لا مَحَالَةَ، إِذَا لَمْ يَكْتَسِبْ، فَإِنْ شُرِطَ العَجْزُ عَنِ الكَسْبِ، فَهَلْ تُشْتَرَطُ الزَّمَانَةُ حَتَّىٰ لاَ يَقْدِرَ عَلَىٰ كَسْبٍ لاَ يَلِيقُ بِهِ أَيْضاً؟ فِيهِ خِلاَفٌ، ثُمَّ نَفَقَةُ القَرِيبِ عَلَى الْكِفَايَةِ (و)، وَهُوَ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ دُونَ مَا يُشْبِعُ، وَلاَ يَسْتَقِرُّ فِي الذِّمَّةِ إِلاَّ بِفَرْضِ القَاضِي، وَيَسْتَحِقُّ الأَبُ الإِعْفَافَ وَنَفَقَةَ زَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِذَا مَنَعَ الأَبُ النَّفَقَةَ، فَلِلأُمِّ الأَخْذُ مِنْ مَالِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَفِي ٱسْتِقْرَاضِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ، وَفِي إِنْفَاقِهَا عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الأَبِ وَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ، وَالقَرِيبُ إِذَا عَجَزَ عَنِ القَاضِي، فَٱسْتَقْرَضَ، فَفِي لُزُومِ قَضَاءِ قَرْضِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي الْجَدِّ الحَاضِرِ، إِذَا ٱسْتَقْرَضَ عَلَى الأَبِ الغَائِبِ، وَيَجِبُ عَلَى الأُمِّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ اللِّبَأَ الَّذِي لاَ يَعِيشُ إِلاَّ بِهِ، ثُمَّ لَهَا الأُجْرَةُ عَلَى الأَبِ، وَلاَ يَجِبُ (م) عَلَيْهَا الإِرْضَاعُ إِلاَّ إِذَا فُقِدَ غَيْرُهَا، فَإِنْ رَغِبَتْ بِأُجْرَةٍ، وَرَغِبَتْ أَجْنَبِيَّةٌ مَجَّاناً، وَجَبَ الأَجْرُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ نَظَراً لِلطِّفْلِ، وَلِلزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنَ الإِرْضَاعِ؛ لِحَقِّ ٱلاسْتِمْتَاعِ، إِذَا وَجَدَ مُرْضِعَةً أُخْرَىٰ.

(البَابُ الثَّانِي: فِي تَرْتِيبِ الأَقَارِبِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الأَوَّلُ: ٱجْتِمَاعُ الأَوْلاَدِ)، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(إِحْدَاهُمَا): أَنَّ التَّقْدِيمَ بِالقُرْبِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَهَلْ يُقَدَّمُ الوَارِثُ؟ فيه وَجْهَانِ، فَإِنِ ٱعْتَبَرْنَا الإِرْثَ، فَهَلْ يَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ مِقْدَارِ الإِرْثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنَّ الإِرْثَ مُقَدَّمٌ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَالأَقْرَبُ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، وُزِّعَ عَلَيْهِمَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ بِالذُّكُورَةِ، فَالنَّفَقَةُ عَلَىٰ ٱلابْنِ، لاَ عَلَى البِنْتِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: ٱجْتِمَاعُ الأُصُولِ)، فَالأَبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الأُمِّ فِي الصِّغَرِ، وَبَعْدَ البُلُوغِ وَجْهَانِ، فَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِما، فَهَلْ يَتَفَاوَتَانِ بِمِقْدَارِ الإِرْثِ؟ وَجْهَانِ، أَمَّا الأَجْدَادُ وَالجَدَّاتُ، فالقَرِيبُ مُقَدَّمٌ عَلَى البَعِيدِ المُدْلِي بِهِ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَتِ الجِهَةُ، خُرِّجَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ.

وَطَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ؛ أَنَّ الوَلِيَّ أَوْلَىٰ.

فَإِنِ ٱسْتَوَيَا، فَالمُدْلِي بِالوَلِيِّ أَوْلَىٰ، فَإِنِ ٱسْتَوَيَا، فَالأَقْرَبُ.

وَطَرِيقَةٌ رَابِعَةٌ، أَنَّ الذَّكَرَ أَوْلَى وإِلاَّ فَالمُدْلِي بالذَّكَرِ وإِلاَّ فالأَقْرَبُ.

وَقِيلَ: الذُّكُورَةُ وَالوِرَاثَةُ تُجْبَرُ إِحْدَاهُمَا بِالأُخْرَىٰ، فَيَتَسَاوَيَانِ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: ٱجْتِمَاعُ الفُرُوعِ وَالأُصُولِ): ابْنٌ وَأَبٌ، قِيلَ: الأَبُ أَوْلَىٰ؛ لِلوِلاَيَةِ.

وَقِيلَ: ٱلابْنُ؛ لِلْخِدْمَةِ.

وَقِيلَ: يَتَسَاوَيَانِ، وَالأُمُّ كَالأَبِ.

وَقِيلَ: ٱلابْنُ أَوْلَىٰ مِنْهُمَا قَطْعاً.

وَكَذَا الخِلَافُ فِي الجَدِّ وَٱلابْنِ، أَعْنِي أَبَ الأَبِ، ثُمَّ تَعُودُ تِلْكَ الطُّرُقُ الخَمْسُ، وَإِنَّمَا يَزِيدُ النَّظَرُ إِلَىٰ وِلَايَةِ التَّرْبِيَةِ وَإِلَى الخِدْمَةِ.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِي ٱزْدِحَامِ الآخِذِينَ)، فَإِذَا لَمْ يَفْضُلْ مِنْهُ إِلاَّ قُوتٌ وَاحِدٌ فَالزَّوْجَةُ أَوْلَىٰ، وَفِي الأَبْعَاضِ تَعُودُ الطُّرُقُ، وَلَكِنَّ الأُنُوثَةَ هٰهُنَا تُرَجَّحُ لِلأَخْذِ حَيْثُ رَجَّحْنَا، ثُمَّ الذُّكُورَةُ فِي ٱلالْتِزَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَـٰهُنَا لاَ يُؤَثِّرُ تَفَاوُتُ الإِرْثِ، ثُمَّ إِنِ ٱسْتَوَوْا، وُزِّعَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ قَلِيلاً، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ.

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي الحَضَانَةِ[1]، وَفِيهِ فَصْلَانِ:)

(الأَوَّلُ: فِي صِفَاتِ الحَاضِنَةِ)، فَنَقُولُ: الحَضَانَةُ وِلَايَةٌ وَسَلْطَنَةٌ، لَكِنَّهَا بِالإِنَاثِ أَلْيَقُ، وَالأُمُّ

---

(١) الحَضَانَةُ لغة: بفتح الحاء، مصدر حضنت الصبي حَضَانة: تحملت مؤنته وتربيته، عن ابن القطع، والحاضنة: التي تربي الطفل سميت بذلك لأنها تضم الطفل إلى حضنها، وهو: ما دون الإبط إلى الكَشْح، وهو الخصر.

قال زين الدين بن نجيم في «البحر الرائق، شرح كنز الدقائق». «الحِضَانة.. بكسر الحاء وفتحها لغة تربية الولد» «والحاضنة» المرأة توكل بالصبي، فترفعه وتربيه، وقد حضنت ولدها حضانة من باب طَلَبَ وحضن الطائر بَيْضَه حضنا إذا جثم عليه بكَنَفِهِ يحضنه، كذا في «المغرب». والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة والحاضن والحاضنة الموكّلان بالصبي يحفظانه، ويربيانه، والحِضْن ما دون الإبط إلى الكَشْحَ وقيل: هو الصدر والعَضُدَانِ وما بينهما، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، والخاصرة هي وسطَ الإنسان.

وجمع الحضن إحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء، وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها تحمله في أحد شقّيها، وفي الحديث أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ «خرج محتضناً إحدى ابني ابنته»، أي: حاملاً له في حضنه، والحضن الجنب، وهما حضنان. انتهى كلام ابن منظور في لسان العرب.

وقال علاء الدين الكاشاني في «البدائع»: الحضانة لغة تستعمل في معنيين:

أحدهما: جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء إذا اعتزله، فجعله في ناحية منه.

ثانيهما: الضم إلى الجنب، يقال: حَضَنته، واحتضنته إذا ضممته إلى جانبك.

والحضانة بمعنى الضم، هو المراد لمناسبته للمعنى الشّرْعي.

ينظر: المطلع على أبواب المقنع: ٣٥٥.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تربية الطِّفْلِ ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.

عرفها الشّافعية بأنها: تربية من لا يستقلُّ بأموره بما يصلحه، ودفع ما يضره. =

أَوْلَىٰ مِنَ الأَبِ، وَإِنْ كَانَتِ المُؤْنَةُ عَلَى الأَبِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الأُمُّ مُسْلِمَةً (و ح)، إِذَا كَانَ الوَلَدُ مُسْلِماً، وَعَاقِلَةً وَحُرَّةً، إِذْ لاَ فَرَاغَ لِلرَّقِيقَةِ، وَلاَ وِلاَيَةَ لَهَا، وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ، وَأَمِينَةً، إِذْ لاَ يُوثَقُ بِالفَاسِقَةِ، وَفَارِغَةً، فَإِذَا نَكَحَتْ، بَطَلَ حَقُّهَا إِلاَّ إِذَا نَكَحَتْ عَمَّ الطِّفْلِ أَوْ مَحَارِمَهُ، وَلاَ يُؤَثِّرُ رِضَا الزَّوْجِ، وَيَرْجِعُ حَقُّهَا، إِنْ طُلِّقَتْ (م)، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً (ح)؛ لأَنَّهَا فَارِغَةٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ إِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ، فَلِلزَّوْجِ أَلاَّ يَرْضَىٰ بِدُخُولِ الطِّفْلِ دَارَهُ، وَمَهْمَا ٱمْتَنَعَ الأَوَّلُ، أَوْ غَابَ، ٱنْتَقَلَ حَقُّ الحَضَانَةِ إِلَى البَعِيدِ (و)، لاَ إِلَى السُّلْطَانِ.

(أَمَّا صِفَةُ المَحْضُونِ) فَهِيَ أَلاَّ يَسْتَقِلَّ؛ كَالصَّغِيرِ وَٱلْمَجْنُونِ وَالمَعْتُوهِ، وَالْبِكْرُ البَالِغَةُ عَلَيْهَا وِلاَيَةُ الإِسْكَانِ لِلأَبِ وَالجَدِّ، وَالثَّيِّبُ، فَلاَ، إِلاَّ عِنْدَ تُهْمَةٍ، فَيَثْبُتُ حَقُّ الإِسْكَانِ لأَوْلِيَائِهَا، أَعْنِي العَصَبَاتِ، ثُمَّ الأُمُّ أَوْلَىٰ بِالصَّغِيرِ، أَمَّا إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ خُيِّرَ بَيْنَهُمَا (ح م)، فَإِنِ ٱخْتَارَ أَحَدَهُمَا، سُلِّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ، ٱسْتُرِدَّ، وَيَسْتَوِي (ح) فِيهِ الغُلاَمُ وَالجَارِيَةُ، وَهَلْ يَجْرِي التَّخْيِيرُ بَيْنَ الأُمِّ وَمَنْ عَلَىٰ حَاشِيَةِ النَّسَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِي هَذَا الخِلاَفُ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ الأَبِ وَالأُخْتِ وَالخَالَةِ، وَإِذَا ٱخْتَارَ الأَبَ، لَمْ يَمْنَعِ الأُمَّ مِنَ الزِّيَارَةِ، وَإِذَا ٱخْتَارَ الأُمَّ، فَعَلَى الأَبِ مُرَاعَاتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى المَكْتَبِ وَالْحِرْفَةِ، وَإِذَا سَافَرَ الأَبُ سَفَرَ نُقْلَةٍ، سَقَطَ حَقُّ الأُمِّ، فَلَهُ أَخْذُ الصَّغِيرِ مِنْهَا، إِلاَّ إِذَا رَافَقَتْهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي سَفَرِ النُّزْهَةِ، وَلاَ فِي التِّجَارَةِ، وَإِنْ طَالَتِ المُدَّةُ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي النُّقْلَةِ إِلَى مَا دُون مَرْحَلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي ٱجْتِمَاعِ الحَوَاضِنِ)، فَإِنْ تَدَافَعُوا، فَالحَضَانَةُ عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ (و) النَّفَقَةُ، وَإِنْ تَزَاحَمُوا، فَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الأَوَّلُ: فِي الْكُسْوَةِ)، وَالجَدِيدُ أَنَّ الأُمَّ أَوْلَىٰ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ بِالإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الأَبِ، وَجَدَّاتُهُ المُدْلِيَاتُ بِالإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الجَدِّ وَجَدَّاتُهُ؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِ الجَدِّ وَجَدَّاتُهُ؛ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ الأَخَوَاتُ (و) ثُمَّ الخَالاَتُ، ثُمَّ بَنَاتُ (و)الإِخْوَةِ، ثُمَّ العَمَّاتُ.

وَفِي القَدِيمِ: قَدَّمَ الأَخَوَاتِ لِلأُمِّ وَالخَالاَتِ عَلَىٰ أُمَّهَاتِ الأَبِ؛ لإِدْلاَئِهِنَّ بِالأُمِّ.

فُرُوعٌ:

(الأَوَّلُ): الأُخْتُ لِلأَبِ مُقَدَّمَةٌ (ح و ز) عَلَى الأُخْتِ لِلأُمِّ؛ فِي الجَدِيدِ؛ لِقُوَّتِهَا، وَفِي القَدِيمِ وَجْهٌ؛ أَنَّ الأُخْتَ لِلأُمِّ أَوْلَىٰ، وَالخَالَةُ لِلأَبِ، هَلْ تُقَدَّمُ فِي الجَدِيدِ عَلَى الخَالَةِ لِلأُمِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): النَّصُّ أَنْ لاَ مَدْخَلَ لِكُلِّ جَدَّةٍ سَاقِطَةٍ فِي المِيرَاثِ، وَهِيَ الَّتِي تُدْلِي بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ.

= عرفها المالكية بأنها: حِفظُ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه.

عرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير وغيره عما يضرُّه، وتربيته بعمل مصالحه.

ينظر: شرح الخرشي ٣/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ٢/٦٣٣، نهاية المحتاج ٧/٢١٤، المدونة ١٤/٢٢٤، الروض المربع ٢/٣٢٨.

وَفي وَجْهٍ آخَرَ؛ أَنَّ لَهُنَّ الحَضَانَةَ، وَلَكِنَّهُنَّ مُؤَخَّرَاتٌ عَنِ الكُلِّ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُنَّ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى الأَخَوَاتِ وَالخَالاَتِ.

(الثَّالِثُ): الأُنْثَى الَّتِي لاَ مَحْرَمِيَّةَ لَهَا؛ كَبِنْتِ الخَالَةِ وَبِنْتِ العَمَّةِ، لاَ حَضَانَةَ لَهُمَا؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ[١]، فَإِنْ أَثْبَتْنَا لَهَا؛ فَبَنَاتُ الخَالاَتِ مُقَدَّمَاتٌ عَلَىٰ بَنَاتِ العَمَّاتِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي ٱجْتِمَاعِ الذُّكُورِ)، وَهُمْ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

(الأَوَّلُ): مَحْرَمٌ وَارِثٌ، فَيَتَرَتَّبُونَ تَرْتِيبَ العَصَبَاتِ فِي الوِلاَيَةِ إِلاَّ الأَخَ لِلأُمِّ، فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ عَنِ الأُصُولِ، وَعَنْ إِخْوَةِ الأَبِ (و)، وَهَلْ يُؤَخَّرُ عَنِ العَمِّ؛ لِلْوِلاَيَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): وَارِثٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ؛ كَٱبْنِ العَمِّ (و)، لَهُ الحَضَانَةُ فِي الصَّغِيرِ وَفِي الصَّغِيرَةِ الَّتِي لاَ تُشْتَهَىٰ، دُونَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي تُشْتَهَىٰ.

(الثَّالِثُ): المَحْرَمُ الَّذِي لَيْسَ بِوَارِثٍ، كَالخَالِ، وَأَبِ الأُمِّ، وَالعَمِّ لِلأُمِّ، وَٱبْنِ الأُخْتِ، فَهُمْ مُؤَخَّرُونَ عَنِ الوَرَثَةِ، وَهَلْ لَهُمْ حَقٌّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): قَرِيبٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ، وَلاَ وَارِثٍ؛ كَٱبْنِ الخَالِ وَالخَالَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لاَ حَقَّ لَهُمْ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ): فِي ٱجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ، وَأَوْلاَهُمُ الأُمُّ وَأُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ مِنْ جِهَةِ الإِنَاثِ، ثُمَّ بَعْدَهُنَّ الأَبُ أَوْلَىٰ مِنَ الجَدَّاتِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَكَذٰلِكَ الصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الأَخَوَاتِ لِلأَبِ؛ لأَنَّهُنَّ فُرُوعُهُ، وَفِي تَقْدِيمِ الأُخْتِ لِلأُمِّ وَالخَالاَتِ عَلَى الأَبِ خِلاَفٌ(و)، وَكُلُّ جَدَّةٍ لَيْسَتْ فَاسِدَةً، فَهِيَ أَوْلَىٰ مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ عَلَىٰ حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الَّذِينَ عَلَى الحَوَاشِي، إِذَا ٱسْتَوَوْا فِي القُرْبِ وَالإِرْثِ، فَالأُنْثَىٰ أَوْلَى مِنَ الذَّكَرِ وَالأُخْتُ أَوْلَىٰ مِنَ الأَخِ، وَالخَالَةُ مِنَ الخَالِ، وَالأُنْثَى القَرِيبَةُ. هَلْ تُقَدَّمُ عَلَى الذَّكَرِ القَرِيبِ؟ وَجْهَانِ.

(السَّبَبُ الثَّالِثُ: فِي النَّفَقَةِ عَلَىٰ مِلْكِ اليَمِينِ)، وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ؛ عَلَىٰ مَا يَلِيقُ بِالعَادَةِ، وَيُقْتَصَرُ فِي الكُسْوَةِ عَلَى الخَشِنِ، وَلاَ يُقْتَصَرُ عَلَىٰ سَتْرِ العَوْرَةِ، وَلاَ يَجِبُ تَفْضِيلُ النَّفِيسِ عَلَى الخَسِيسِ فِي جِنْسِ الكُسْوَةِ؛ عَلَى الأَصَحِّ[٢].

وَقِيلَ: يَجِبُ تَفْضِيلُ السَّرِّيَّةِ عَلَى الخَادِمَةِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجْلِسَ الرَّقِيقَ مَعَهُ فِي الأَكْلِ، أَوْ يُوَزِّعَ لَهُ لُقْمَةً.

وَيَجِبُ ذٰلِكَ فِي وَجْهٍ وَيَجِبُ إِرْضَاعُ الوَلَدِ على المُسْتَوْلَدَةِ، وَلاَ يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا

---

(١) قال الرافعي: «والأنثى التي لا محرمية لها كبنت الخالة وبنت العمة لا حضانة لهما على أظهر الوجهين» رجح الأكثرون الوجه الثاني. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة على الأصح» الأظهر عند الأصحاب تفضيل الجارية ذات الجمال أو الفرصة. [ت]

بِالتَّسْلِيمِ إِلَىٰ مُرْضِعَةٍ أُخْرَىٰ، وَلاَ تُكَلَّفُ أَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ غَيْرَهُ، وَلَيْسَ لَهَا فِطَامُ وَلَدِهَا قَبْلَ الحَوْلَيْنِ، وَلاَ الزِّيَادَةُ عَلَى الحَوْلَيْنِ إِلاَّ بِرِضَا السَّيِّدِ، وَأَمَّا الحُرَّةُ، فَلَهَا حَقٌّ فِي الفِطَامِ، فَلاَ فِطَامَ إِلاَّ بِتَوافُقِهِمَا، فَإِنْ أَبَتِ الفِطَامَ قَبْلَ الحَوْلَيْنِ، فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ، وَلاَ يَتَعَيَّنُ (و) مَا يُضْرَبُ عَلَى العَبْدِ مِنْ خَرَاجٍ مُعَيَّنٍ، بَلْ عَلَيْهِ بَذْلُ المَجْهُودِ، وَلاَ يُكَلِّفُهُ السَّيِّدُ إِلاَّ مَا يُطِيقُ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَىٰ عَبْدِهِ بِيعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَرْغَبْ فِي شِرَائِهِ فَهُوَ مِنْ مَحَاوِيجِ المُسْلِمِينَ، وَيَجِبُ عَلَفُ الدَّوَابِّ لِحُرْمَةِ الرُّوحِ، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عِمَارَةُ العَقَارِ وَالدَّارِ، وَيَجُوزُ غَصْبُ (و) العَلَفِ وَالخَيْطِ لِجِرَاحِ الدَّابَّةِ عِنْدَ العَجْزِ، وَلاَ يَجُوزُ نَزْفُ لَبَنِهَا بِحَيْثُ يَضُرُّ بِنَتَاجِهَا، وَإِذَا أَجْدَبَتِ الأَرْضُ، وَجَبَ عَلَفُ السَّائِمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلِفْ بِيعَتْ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

تَمَّ رُبْعُ النِّكَاحِ، يَتْلُوهُ رُبْعُ الجِرَاحِ، وَالحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ، وَالصَّلاَةُ عَلَىٰ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

كِتَابُ الْجِرَاحِ

القَتْلُ كَبِيرَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْكَفَّارَةُ وَالْقِصَاصُ، أَوِ الدِّيَةُ، وَالنَّظَرُ في الْقِصَاصِ في النَّفْسِ وَالطَّرَفِ، وَمِنَ النَّفْسِ في المُوجِبِ وَالوَاجِبِ، وَالمُوجِبُ لِلْقِصَاصِ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْكَانٍ.

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: القَتْلُ)، وَهُوَ كُلُّ فِعْلٍ عَمْدٍ مَحْضٍ عُدْوَانٍ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُزْهِقاً لِلرُّوحِ، وَالنَّظَرُ في أَطْرَافٍ:

(الطَّرَفُ الأَوَّلُ: في العَمْدِ المَحْضِ، وَالخَطَأُ مَا لاَ قَصْدَ فِيهِ إِلَى الفِعْلِ؛ كَمَا لَوْ تَزَلَّقَ رِجْلُهُ فسقطَ عَلَى غَيْرِهِ، أو مالا قَصْدَ فِيْهِ إِلَى الشَّخص كَمَا لَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ صَيْدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَاناً، وَالعَمْدُ الَّذِي قُصِدَ بِهِ الشَّخْصُ، وَكَانَ مَا قَصَدَ بِهِ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِباً، وَإِنْ كَانَ بِمُثَقَّلٍ لا يَجْرَحُ (ح)، أَوْ مَا يَقْتُلُ كَثِيراً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِباً، إِنْ كَانَ بِجَارِحٍ، أَمَّا مَا لاَ يَقْتُلُ غَالِباً، وَإِنْ قَتَلَ كَثِيراً؛ كَالسَّوْطِ وَالعَصَا، أَوْ يَقْتُلُ نَادِراً؛ كَغَرْزَةِ الإِبْرَةِ الَّتِي لاَ تُعْقِبُ أَلَماً ظَاهِراً، فَلاَ قِصَاصَ فيهِ، وَإِنْ أَعْقَبَ وَرَماً وَأَلَماً؛ حَتَّىٰ مَاتَ عَقِيبَهُ، وَجَبَ (و) القِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُعْقِبْ وَرَماً، وَمَاتَ عَقِيبَهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ سَقَىٰ غَيْرَهُ دَوَاءً يَقْتُلُ كَثِيراً لاَ غَالِباً، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ كَغرزِ الإِبْرَةِ؛ لأَنَّ أَغْشِيَةَ البَاطِنِ دَقِيقَةٌ، فَتَنْقَطِعُ بِالدَّوَاءِ، وَلَوْ حَبَسَهُ وَجَوَّعَهُ؛ حَتَّىٰ مَاتَ، وَجَبَ القِصَاصُ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسِّحْرِ (ح و)، وَاعْتَرَفَ بِأَنَّ سِحْرَهُ يَقْتُلُ غَالِباً، وَإِنْ قَالَ: يَقْتُلُ نَادِراً، فَلاَ قِصَاصَ، وَالكَثِيرُ غَيْرُ النَّادِرِ وَالغَالِبِ؛ إِذِ المَرَضُ كَثِيرٌ، وَلَيْسَ بِغَالِبٍ وَلاَ نَادِرٍ، وَلَوْ كَانَ بِهِ بَعْضُ الجُوعِ، وَحَبَسَهُ؛ حَتَّىٰ مَاتَ جُوعاً، فَإِنْ عَلِمَ جُوعَهُ، لَزِمَهُ (و) القِصَاصُ؛ كَمَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً بِجُوعِهِ، وَجَبَ القِصَاصُ؛ في أَحَدِ القَوْلَيْنِ (و)، فَإِنْ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ، وَجَبَ كُلُّ الدِّيَةِ؛ في قَوْلٍ.

وَنِصفُهَا؛ في قَوْلٍ؛ إِحَالَةً لِلْهَلاَكِ عَلَى الجُوعَيْنِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في بَيَانِ المُزْهِقِ)، وَهُوَ إِمَّا شَرْطٌ مَحْضٌ؛ كَحَفْرِ البِئْرِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّرَدِّي؛ إِذِ التَّرَدِّي عِلَّتُهُ التَّخَطِّي، وَلَكِنَّهُ عِنْدَ الحَفْرِ لاَ بِالحَفْرِ، وَإِمَّا عِلَّةٌ؛ كَالْجِرَاحَاتِ القَاتِلَةِ؛ فَإِنَّهَا تُوَلِّدُ السِّرَايَةَ، وَالسِّرَايَةُ سَبَبُ المَوْتِ، وَإِمَّا سَبَبٌ؛ فَلاَ يَتَعَلَّقُ القِصَاصُ بِالشَّرْطِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالعِلَّةِ، وَالسَّبَبُ هُوَ الَّذِي لَهُ أَثَرٌ ما في التَّوْلِيدِ؛ كَمَا لِلْعِلَّةِ، وَلَكِنَّهُ يُشْبِهُ الشَّرْطَ مِنْ وَجْهٍ، فَهَذَا عَلَىٰ ثَلاَثِ مَرَاتِبَ.

(الأُولَى) الإِكْرَاهُ؛ فَإِنَّهُ يُوَلِّدُ في الْمُكْرَهِ دَاعِيَةَ القَتْلِ غَالِباً، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ (و) القِصَاصُ.

(الثَّانِيَةُ): شَهَادَةُ الزُّورِ؛ فَإِنَّهَا تُوَلِّدُ في القَاضِي دَاعِيَةَ القَتْلِ غَالِباً؛ مِنْ حَيْثُ الشَّرْعُ، فَيُنَاطُ (ح) بِهَا القِصَاصُ عِنْدَنَا، إِلاَّ إِذَا اعْتَرَفَ الوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِماًبِتَزْوِيرِهِمْ، فَلاَ يَجِبُ القِصَاصُ إِلاَّ عَلَيْهِ.

(الثَّالِثَةُ): مَا يُوَلِّدُ المُبَاشَرَةَ تَوْلِيداً عُرْفِيّاً، لاَ حِسِّيّاً وَلاَ شَرْعِيّاً؛ كَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ المَسْمُومِ إِلَى الضَّيْفِ، وَحَفْرِ بِئْرٍ في الدِّهْلِيزِ، وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهِ عِنْدَ دَعْوَةِ الضَّيْفِ، وَفي ارْتِبَاطِ القِصَاصِ بِهِ قَوْلاَنِ؛

لأَنَّ الضَّيْفَ مُخْتَارٌ لَيْسَ مُلْجَأً حِسّاً وَشَرْعاً، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ قِصَاصَ، وَجبتِ الدِّيَةُ، وَلَوْ جَرَىٰ سَبَبٌ، وَقَدَرَ المَقْصُودُ عَلَىٰ دَفْعِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً، وَالدَّفْعُ غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهِ، كَتَرْكِ مُعَالَجَةِ الجُرْحِ، وَجَبَ القِصَاصُ عَلَى الجَارِحِ، وَإِنْ فُقِدَ المَعْنَيَانِ؛ كَمَا لَوْ فَتَحَ عِرْقَهُ، فَلَمْ يَعْصِبْ، حَتَّىٰ نَزَفَ الدَّمُ، أَوْ تَرَكَهُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ، فَبَقِيَ مُسْتَلْقِياً؛ حَتَّىٰ غَرِقَ، فَلاَ قِصَاصَ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً، لَكِنَّ الدَّفْعَ سَهْلٌ، كَمَا لَوْ أَلْقَىٰ مَنْ يُحْسِنُ السِّبَاحَةَ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَلَمْ يَسْبَحْ فَوَجْهَانِ[1]؛ لأَنَّهُ رُبَّمَا يُدْهَشُ عَنِ السِّبَاحَةِ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي نَارٍ، فَوَقَفَ، فَالظَّاهِرُ وجُوبُ القِصَاصِ[2] لأَنَّ الأَعْصَابَ قَدْ تَتَشَنَّجُ بِإِلْقَائِهِ فِي النَّارِ فَتَعْسُرُ الحَرَكَةُ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي ٱجْتِمَاعِ السَّبَبِ وَالمُبَاشَرَةِ)، أَمَّا الشَّرْطُ، فَلاَ يَبْقَىٰ لَهُ حُكْمٌ مَعَ المُبَاشَرَةِ؛ كَالمُمْسِكِ مَعَ القَاتِلِ، وَالحَافِرِ مَعَ المُرْدِي، وَأَمَّا المُبَاشَرَةُ وَالسَّبَبُ، فَعَلَىٰ مَرَاتِبَ:

(الأُولَىٰ): أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ المُبَاشَرَةَ، وَهُوَ إِذَا لَمْ تَكُنِ المُبَاشَرَةُ عُدْوَاناً؛ كَقَتْلِ القَاضِي وَالجَلاَّدِ مَعَ شَهَادَةِ الزُّورِ، فَالقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ (ح).

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَصِيرَ السَّبَبُ مَغْلُوباً؛ كَمَا إِذَا أَلْقَاهُ مِنْ سَطْحٍ، فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ، فَقَدَّهُ بِنِصْفَيْنِ، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى المُلْقِي، عَرَفَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ، فَٱلْتَقَمَهُ الحُوتُ، وَجَبَ القِصَاصُ؛ عَلَى المَنْصُوصِ؛ لأَنَّ فِعْلَ الحُوتِ لاَ يُعْتَبَرُ، فَهُوَ كَنَصْلٍ مَنْصُوبٍ فِي عُمْقِ البِئْرِ؛ إِذْ حُصُولُ الجُرْحِ بِهِ، لاَ يَمْنَعُ وُجُوبَ القِصَاصِ عَلَى المُرْدِي.

وَخَرَّجَ الرَّبِيعُ[3] قَوْلاً؛ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ ٱلْقِصَاصُ، وَيَجِبُ الدِّيَةُ؛ لأَنَّ ٱخْتِيَارَ الحَيَوانِ شُبْهَةٌ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَعْتَدِلَ السَّبَبُ وَالمُبَاشَرَةُ؛ كَالإِكْرَاهِ عَلَى القَتْلِ، وَالقِصَاصُ عَلَيْهِمَا (ح) فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالمُكْرِهِ، وَعَلَىٰ هَذَا، فَفِي الدِّيَةِ قَوْلاَنِ؛ فَإِنْ أَسْقَطْنَا الدِّيَةَ؛ إِحَالَةً عَلَى المُكْرِهِ، فَفِي الكَفَّارَةِ وَجْهَانِ، لأَنَّ الإِثم بَاقٍ، فَإِن أَسْقطنا الكفَّارة فَفِي حِرْمَان المِيْرَاث وَجْهَانِ وَإِنْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا كُفْئاً، وَجَبَ عَلَى الثَّانِي؛ لأَنَّ شَرِيكَ غَيْرِ المُكَافِىءِ يُقْتَلُ، وَهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ، وَلَوْ أَكْرَهَ إِنْسَاناً عَلَىٰ أَنْ يَرْمِيَ إِلَىٰ ظُلَلٍ، عَرَفَهُ المُكْرِهُ إِنْسَاناً، فَظَنَّهُ الرَّامِي جُرْثُومَةً، فَهُوَ شَرِيكُ الخَاطِىءِ، وَلَكِنْ فِي وُجُوبِ ٱلْقِصَاصِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّ هَذَا خَطأٌ هُوَ نَتِيجَةُ تَلْبِيسِهِ وَإِكْرَاهِهِ، فَفِي حَقِّهِ عَمْدٌ، وَعَلَيْهِ يُخَرَّجُ إِذَا كَانَ المُكْرَهُ المَحْمُولُ صَبِيّاً، وَقُلْنَا: إِنَّ فِعْلَهُ خَطأٌ، وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ صُعُودِ شَجَرَةٍ، فَتَزَلَّقَ رِجْلُهُ، وَمَاتَ، وَجَبَ (و) القِصَاصُ، وَلَمْ يُجْعَلْ شَرِيكُ

---

(١) قال الرافعي: «كما لو ألقى من يُحْسِنُ السباحة في ماء فغرق فلم يسبح ففيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو ألقاه في نار فوقف فالظاهر وجوب القصاص» الظاهر عند الأكثرين المنع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «الربيع» هو ابن سليمان بن كامل، وكامل لقب واسمه عبد الجبار وقيل عبد الرحمن المُرَادي المصري أبو محمد المؤذن راوية كُتب الشافعي الجديدة، وكان الشافعي يكرمه، ويذكر أنه قال: لو استطعت أن ألقمك العلم لقمةً لفعلت، سمع الشافعي وعبد الله بن وهب، وأيوب بن سويد، وروى عنه أبو عبد الرحمن النسائي، وابن خزيمة وابن أبي حازم وغيرهم توفي «بمصر» سنة سبعين ومائتين. [ت]

خطأ[1].

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَىٰ قَتْلِ نَفْسِهِ، فَقَتَلَ، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى المُكْرِهِ؛ إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِهَذَا الإِكْرَاهِ، وَلَوْ قَالَ: ٱقْتُلْنِي، وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ، فَلاَ قِصَاصَ لِلإِذْنِ وَالإِكْرَاهِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ القِصَاصُ، وَإِذْنُهُ لاَ يُعْتَبَرُ؛ لأَنَّ القِصَاصَ لِوَارِثِهِ لاَ لَهُ.

وَلَوْ قَالَ: ٱقْتُلْ زَيْداً أَوْ عَمْراً، وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ، فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا، فَلاَ إِكْرَاهَ (و)، لأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّعْيِينِ، وَلَوْ أَمَرَهُ مُتَغَلِّبٌ، عُلِمَ مِنْ عَادَتِهِ السَّطْوُ عِنْدَ المُخَالَفَةِ، فَهُوَ كَالإِكْرَاهِ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ أَمَرَهُ سُلْطَانٌ وَاجِبُ الطَّاعَةِ، عَلَى الجُمْلَةِ، فَقَتَلَ مَنْ عَلِمَهُ المَأْمُورُ ظُلْماً، فَفِي ٱلْتِحَاقِهِ بِالإِكْرَاهِ وَجْهَانِ[2]؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ القَتْلَ فَسَادٌ، وَالخُرُوجَ عَنْ طَاعَةِ السُّلْطَانِ أَيضاً مُهَيِّجٌ لِلفَسَادِ وَالفِتْنَةِ؛ فَلاَ يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً؛ بِخِلاَفِ العَبْدِ إِذَا قُتِلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ، فَالقِصَاصُ عَلَى العَبْدِ؛ إِذْ لَيْسَ فِي مُخَالَفَتِهِ عَلَىٰ وَفْقِ الشَّرْعِ مَا يَفْتَحُ بَابَ الفِتْنَةِ.

وَإِنْ كَانَ العَبْدُ أَعْجَمِيّاً ضَارِياً بِطَبْعِهِ، فَالسَّيِّدُ بِأَمْرِهِ كَالمُغْرِي لِلسَّبعِ، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَفِي تَعَلُّقِ الدِّيَةِ بِرَقَبَتِهِ وَجْهَانِ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَدِيدُ الشَّبَهِ بِالبَهِيمَةِ؛ وَكَذَا المَجْنُونُ الحُرُّ، إِذَا كَانَ هَذَا طَبْعَهُ، وَلاَ يُبَاحُ بِالإِكْرَاهِ الزِّنَا وَالقَتْلُ، وَيُبَاحُ بِهِ شُرْبُ الخَمْرِ وَالإِفْطَارُ وَإِتْلاَفُ مَالِ الغَيْرِ، بَلْ يَجِبُ، وَيُبَاحُ بِهِ كَلِمَةُ الرِّدَّةِ، وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَنْهَشَهُ حَيَّةً يَقْتُلُ مِثْلُهَا غَالِباً، فَالحَيَّةُ كَالسِّكِّينِ، وَإِنْ قَتَلَ نَادِراً؛ فَكَالإِبْرَةِ[3]، وَإِنْ أَلْقَىٰ عَلَيْهِ الحَيَّةَ، وَكَانَ مِنْ طَبْعِهَا النفارُ، فَلاَ قِصَاصَ، وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ وَلَوْ جَمَعَهُ فِي بَيْتٍ مَعَ سَبُعٍ، فَٱفْتَرَسَهُ، وَجَبَ القِصَاصُ، إِذ السَّبُعُ فِي المَضِيقِ يَقْصِدُ، وَإِنْ أَغْرَىٰ بِهِ فِي الصَّحْرَاءِ، فَلاَ إِلاَّ إِذَا كَانَ السَّبُعُ ضَارِياً، وَالهَرَبُ غَيْرَ مُمْكِنٍ، وَالمَجْنُونُ الضَّارِي كَالسَّبُعِ.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِي طَرَيَانِ المُبَاشَرَةِ عَلَى المُبَاشَرَةِ)، وَحُكْمُهُ تَقْدِيمُ الأَقْوَىٰ، فَلَوْ جَرَحَ الأَوَّلُ، وَحَزَّ الثَّانِي، فَالقَوَدُ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَنْهَى الأَوَّلُ إِلَىٰ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ، وَقَدَّ الثَّانِي بِنِصْفَيْنِ، فَالقَوَدُ عَلَى الأَوَّلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الكُوعِ، وَالثَّانِي مِنَ المِرْفَقِ، فَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ، فَالقَوَدُ (ح) عَلَيْهِمَا،

---

(١) قال الرافعي: «ولو أكره على صعود شجرةٍ فتنزلق رجله ومات وجب القصاص، ولم يجعل شريك خطأً» وهذا وجه، والأظهر أنه عمد خطأ لا يتعلّق به القصاص. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو أمره سلطان واجب الطاعة على الجملة فقتل من علمه المأمور ظلماً ففي التحاقه بالإكراه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «لو أنهشته حية يقتل مثلها غالباً، فالحية كالسكين وإن قتل نادراً فكالإبرة» أي يتعلق بها القصاص في الجملة لما في النهش من الغور والنكاية كغرز الإبرة وهذا قول الثاني وهو الأصح عند جماعة منهم صاحب التهذيب والقاضي الروياني وغيرهما أنه لا يتعلق به القصاص؛ لأنه لم يظهر قصد القتل فيه. [ت]

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضاً مُشْرِفاً، وَجَبَ القَوَدُ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ نَزَعَ أَحْشَاؤُهُ، وَهُوَ يَمُوتُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةٍ لاَ مَحَالَةَ، وَجَبَ القَوَدُ؛ لأَنَّهُ أَزْهَقَ حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً؛ بِخِلاَفِ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ.

(فَإِنْ قِيلَ): ظَنُّ الإِبَاحَةِ، هَلْ يَكُونُ شُبْهَةً؟.

(قُلْنَا): مَنْ قَتَلَ رَجُلاً فِي دَارِ الحَرْبِ عَلَىٰ زِيِّ أَهْلِ الشِّرْكِ؛ فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ، فَلاَ قِصَاصَ وَتَجِبُ الكَفَّارَةُ، وَفِي الدِّيَةِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ عَهِدَهُ مُرْتَدّاً، فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمْ، فَإِذَا هُوَ عَادَ إِلَى الإِسْلاَمِ، فَقَوْلاَنِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ قَتْلُ المُرْتَدِّ؛ بَلْ هُوَ إِلَى الإِمَامِ، وَلَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ: تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي كَانَ حَيّاً، وَجَبَ القَوَدُ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ، وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً، ظَنَّهُ صَحِيحاً ضَرْباً يُهْلِكُ المَرِيضَ، وَجَبَ القَوَدُ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ؛ إِذْ ظَنُّ المَرَضِ لاَ يُبِيحُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: القَتِيلُ)، وَشَرْطُ كَوْنِهِ مَضْمُوناً بِالقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُوماً، وَالعِصْمَةُ بِالإِسْلاَمِ وَالحُرِّيَّةِ وَالأَمَانِ، وَالحَرْبِيُّ مُهْدَرُ الدَّمِ، وَكَذَلِكَ المُرْتَدُّ، لَكِنْ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، وَفِي حَقِّ الذِّمِّيِّ وَالمُرْتَدِّ خِلاَفٌ[1]، وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِ المُسْتَحِقِّ، وَالزَّانِي المُحْصَنُ يَجِبُ القِصَاصُ عَلَىٰ قَاتِلِهِ الذِّمِّيِّ، وَفِي المُسْلِمِ وَجْهَانِ؛ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ المُرْتَدِّ وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: القَاتِلُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُلْتَزِماً لِلأَحْكَامِ، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالحَرْبِيِّ (و)، وَيَجِبُ عَلَى الذِّمِّيِّ، وَفِي السَّكْرَانِ خِلاَفٌ.

وَقَدْ يَتَصَدَّى النَّظَرُ فِي سِتِّ خِصَالٍ، يَفْضُلُ بِهِ القَاتِلُ القَتِيلَ.

(الخَصْلَةُ الأُولَى): الدِّينُ، فَلاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ اليَهُودِيُّ بِالنَّصْرَانِيِّ، وَلَوْ قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيّاً، ثُمَّ أَسْلَمَ القَاتِلُ، ٱسْتَوْفَى القَوَدَ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ عَبْداً مُسْلِماً لِكَافِرٍ، لم يَجِبْ القَوَدُ، عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، لأَنَّ المُسْتَحِقَّ كافِرٌ عِنْدَ القَتْلِ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ مُرْتَدّاً، فَلاَ قِصَاصَ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُرْتَدٌّ، فَالظَّاهِرُ الوُجُوبُ لِلتَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ الحَرْبِيُّ لاَ يُقْتَلُ بِالحَرْبِيِّ، وَلَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ أَوْ الدِّيَةُ؛ فِي قَوْلٍ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ؛ فِي قَوْلٍ[2]؛ لأَنَّهُ مُهْدَرٌ، وَيَجِبُ القَتْلُ فِي قَوْلٍ دُونَ الدِّيَةِ، لأَنَّهُ مُهْدَرٌ، لَكِنَّهُ مَعْصُومٌ عَنِ الذِّمِّيِّ[3] .

وفي قَتْلِ المُرْتَدِّ بِالذِّمِّيِّ قَوْلاَنِ؛ وَجْهُ المَنْعِ أَنَّ فِيهِ عُلْقَةَ الإِسْلاَمِ.

(الخَصْلَةُ الثَّانِيَةُ: الحُرِّيَّةُ): فَلاَ يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ؛ كما لاَ يُقْطَعُ يَدُهُ بِيَدِهِ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالرَّقِيقِ

---

(١) قال الرافعي: «وفي حق المرتد والذمي خلاف قيل: قولان في الصورة الثانية. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن قتله ذمّي وجب عليه القِصَاص في العَمْد والدية في الخطأ في قول، ولم يجب شيء في قول... إلى آخره» قيل: هي وجوه لا أقوال. [ت] هكذا بالأصول المعتمد عليها من التذنيب.

(٣) قال الرافعي: «ولو قتله مرتد فالظاهر وجوبه إلى قوله لكنه معصوم عن الذمي» الصورتان هما اللتان أجمل ذكرهما في الركن الثاني فقال: «وفي حق الذمّي والمرتد خلاف»، ولو قال: لكن وفي حق المسلم وفي حق غيرها وسيأتي إذا قال: والمرتد خلاف كذلك على تفصيل سيأتي. [ت]

وبالحُرِّ، وَيُقْتَلُ المُسْتَوْلَدَةُ وَالمُكَاتَبُ بِالقِنِّ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، لاَ يُقْتَلُ بِمَنْ هُوَ في مِثْلِ حَالِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ تَخْصِيص جزءِ الحُرِّيَّةِ بِمِثْلِهَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَالإِشَاعَةُ تُؤَدِّي إِلَى ٱسْتِيفَاءِ الحُرِّ بِالرَّقِيقِ، وَلاَ قِصَاصَ بَيْنَ العَبْدِ المُسْلِمِ وَالحُرِّ الذِّمِّيِّ إِذِ الفَضِيلَةُ لاَ تُجْبَرُ بِالنَّقِيصَةِ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ المُكَاتَبُ أَبَاهُ، ثُمَّ قَتَلَهُ، فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ غَيْرَ أَبِيهِ مِنْ عَبْدِهِ، فَلاَ قِصَاصَ.

(الخَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الأُبُوَّةُ)، وَلاَ يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ، وَكَذَا الأَجْدَادُ وَالجَدَّاتُ؛ إِذْ لاَ يَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ مُعْدِماً لِسَبَبِ وُجُودِهِ، وَكَذَلِكَ لاَ يَقْتُلُ الجَلاَّدُ أَبَاهُ، وَلاَ الغَازِي، وَلَوْ قَتَلَ زَوْجَةَ ٱبْنِهِ، فَلاَ قِصَاصَ؛ إِذِ ٱبْنُهُ وَارِثٌ، فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ، فَلَوْ تَدَاعَىٰ رَجُلاَنِ مَوْلُوداً، فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، تَوَقَّفْنَا فَإِنْ، أَلْحَقَهُ القَائِفُ بِهِ، فَلاَ قِصَاصَ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِالثَّانِي، ٱقْتَصَّ، وَلَوْ قَتَلَ أَخَوَانِ (و) أَبَوَيْهِمَا مَعاً؛ أَحَدُهُمَا الأَبَ، وَالآخَرُ الأُمَّ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ (و) قِصَاصَ صَاحِبِهِ، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَىٰ ٱلاقْتِصَاصِ، سَقَطَ قِصَاصُهُ؛ لأَنَّهُ وَرِثَ مِنْ أَخِيهِ قِصَاصَ نَفْسِهِ، إِذَا قُلْنَا؛ القَاتِلُ بِالحَقِّ لاَ يُحْرَمُ المِيرَاثَ، وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا الأَبَ أَوَّلاً، ثُمَّ قَتَلَ الثَّانِي الأُمَّ، سَقَطَ القِصَاصُ عَنْ قَاتِلِ الأَبِ؛ لأَنَّهُ وَرِثَ مِنَ الأُمِّ، حِصَّةَ قِصَاصِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَرِثْ قَاتِلُ الأُمِّ مِنَ الأُمِّ شَيْئاً؛ لأَنَّ القَاتِلَ مَحْرُومٌ؛ هَذَا إِنْ كَانَتِ الأُمُّ زَوْجَةَ الأَبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ.

(الخَصْلَةُ الرَّابِعَةُ) التَّفَاوُتُ فِي تَأَبُّدِ العِصْمَةِ؛ وَذَلِكَ لاَ يُعْتَبَرُ فَيُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالمُعَاهَدِ.

(الخَصْلَةُ الخَامِسَةُ): فَضِيلَةُ الذُّكُورَةِ، لاَ يُعْتَبَرُ؛ فَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ.

(فَرْعٌ): إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَ خُنْثَىٰ مُشْكِلٍ، وَشُفْرَيْهِ دِيَةٌ، فَلاَ قِصَاصَ؛ لاحْتِمَالِ أَنَّ المَقْطُوعَ ٱمْرَأَةٌ، وَلَوْ عَفَا عَنِ القِصَاصِ، سُلِّمَ إِلَيْهِ (و) دِيَةَ الشُّفْرَينِ وَحُكُومَةٌ؛ [. . .] أَخْذاً بِأَحْسَنِ التَّقْدِيرَيْنِ؛ فَإِنَّهُ المُسْتَيْقَنُ، فَإِنْ لَمْ يَعْفُ، فَلاَ يُقَدَّرُ دِيَةُ الذَّكَرِ؛ لأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مُتَوَقَّعٌ، بَلْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ (و) مِنْ حُكُومَةِ الشُّفْرَيْنِ بِٱعْتِبَارِ الذُّكُورَةِ، أَوْ دِيَةُ الشُّفْرَيْنِ وَحُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالأُنْثَيَيْنِ عَلَىٰ تَقْدِيرِ الأُنُوثَةِ، وَإِنْ كَانَ القَاطِعُ ٱمْرَأَةً، فَلاَ يُقَدَّرُ دِيَةُ الشُّفْرَيْنِ، بَلْ يُصْرَفُ حُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالأُنْثَيَيْنِ عَلَىٰ تَقْدِيرِ الأُنُوثَةِ، فَإِنَّهُ أَقَلُّ مِنْ تَقْدِيرِ حُكُومَةِ الشُّفْرَيْنِ مَعَ دِيَةِ الذَّكَرِ، وَإِنْ كَانَ القَاطِعُ خُنْثَىٰ، لَمْ نَصْرِفْ (و) إِلَيْهِ قَبْلَ العَفْوِ إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَخْرُجَا مُتَوَافِيَيْنِ، فَنُجْرِي القِصَاصَ فِي العُضْوِ الزَّائِدِ مَعَ الأَصْلِيِّ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنِ القِصَاصِ، لَمْ يُصْرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ يَدْرِي أَنَّ المَأْخُوذَ دِيَةٌ أَوْ حُكُومَةٌ، وَلَوْ كَانَ القَاطِعُ رَجُلاً، فَقَالَ: أَقْرَرْتِ بِأَنَّكِ ٱمْرَأَةٌ، فَلاَ قِصَاصَ فِي الذَّكَرِ، وَقَالَ المَقْطُوعُ: بَلْ أَقْرَرْتُ بِأَنِّي رَجُلٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الجَانِي فِي قَوْلٍ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ القِصَاصِ.

وَقَوْلُ الخُنْثَىٰ؛ فِي قَوْلٍ؛ لأَنَّا نَحْكُمُ لَهُ بِالذُّكُورَةِ بِقَوْلِهِ، مَهْمَا قَالَ: إِنِّي رَجُلٌ.

(الخَصْلَةُ السَّادِسَةُ): التَّفَاوُتُ فِي العَدَدِ لاَ يُؤَثِّرُ بَلْ يُقْتَلُ الجَمَاعَةُ (م و) بِالوَاحِدِ، وَالوَاحِدُ إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً (و ح م)، قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلبَاقِينَ الرُّجُوعُ إِلَى الدِّيَاتِ، وَلاَ قِصَاصَ (م ز و) عَلَىٰ شَرِيكِ الخَاطِىءِ وَيجبُ عَلَى شَرِيْكِ الأَبِ، وَشَرِيْكُ كُلِّ عَامِدٍ ضَامِنٌ وفِي شَرِيْك الحَرْبِيِّ وَشَرِيكِ الجَلاَّدِ

(ح)، وَمُسْتَوْفي القِصَاصِ وَالجَارِحِ في حَالَةِ الرِّدَّةِ، وَكُلِّ عَامِدٍ لَيْسَ بِضَامِنٍ: قَوْلاَنِ، وَالسَّبُعُ مُلْحَقٌ بِالخَاطِىءِ؛ في أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، لاَ بِالحَرْبِيِّ، وَشَرِيكُ السَّيِّدِ كَشَرِيكِ الأَبِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ الكَفَّارَةَ، وَإِنْ لَمْ يَضْمَنِ الدِّيَةَ، وَشَرِيكُ مَنْ جَرَحَ بِنَفْسِهِ؛ كَشَرِيكِ السَّيِّدِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ النَّفْسِ.

(فَرْعٌ): إِذَا صَدَرَتْ جِرَاحَتَانِ مِنْ وَاحِدٍ، وَإِحْدَاهُمَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ، فَلاَ قِصَاصَ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ عَمْداً وَخَطَأً، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيّاً، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَجَرَحَهُ ثَانِياً، أَوْ جَرَحَ مُسْتَوْفِي القِصَاصِ والحَدِّ بَعْدَ ٱسْتِيفَائِهِ، وَلَوْ دَاوَى المَجْرُوحَ بِنَفْسِهِ بِسُمٍّ مُذَفِّفٍ، يَسْقُطُ القِصَاصُ عَنِ الجَارِحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُذَفِّفاً، صَارَ الجَارِحُ شَرِيكَ النَّفْسِ، وَكَذَا إِذَا خَاطَ المَجْرُوحُ جُرْحَهُ في لَحْمٍ حَيٍّ.

وَقِيلَ: إِنَّ المُتَدَاوِيَ مُخْطِىءٌ، فَهُوَ شَرِيكُ الخَاطِىءِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ قُرُوحٌ، أَوْ بِهِ مَرَضٌ، وَالجَارِحُ لاَ يَصِيرُ بِهِ شَرِيكاً؛ لأَنَّ ذَلِكَ لاَ يُضَافُ إِلَى ٱلاخْتِيَارِ، وَلَوْ تَمَالأَ جَمْعٌ عَلَىٰ وَاحِدٍ، وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ سَوْطاً، سَقَطَ القِصَاصُ؛ في وَجْهٍ؛ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ خَاطِىءٌ، وَوَجَبَ في وَجْهٍ؛ حَسْماً لِلذَّرِيعَةِ، وَوَجَبَ في الثَّالِثِ، إِنْ كَانَ عَنْ تَوَاطُىءٍ، وَلَوْ جَرَحَهُ وَنَهَشَتْهُ حَيَّةٌ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَرَحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبُعٌ، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: النِّصْفُ، وَلاَ يُنْظَرُ إِلَىٰ عَدَدِ الحَيَوَانِ.

(فَصْلٌ: في تَغْيِيرِ الحَالِ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ)، وَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ:

(الحَالَةُ الأُولَىٰ: في طَرَيَانِ العِصْمَةِ)، فَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدّاً، أَوْ حَرْبِيّاً، فَأَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَالأَصَحُّ السُّقُوطُ، وَلَوْ جَرَحَ عَبْدُ نَفْسِهُ، وَأُعْتِقَ، ثُمَّ مَاتَ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَجِبُ، فَلَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ مُرْتَدٍّ أَوْ عَبْدٍ، ثُمَّ طَرَأَتْ هَذِهِ الأَحْوَالُ، فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّ العِصْمَةَ قَارَنَتْ أَوَّلَ الإِصَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تُقَارِنِ الرَّمْيَ، فَإِنْ حَفَرَ بِئْراً، فَتَرَدَّىٰ فِيهِ مَنْ كَانَ مُرْتَدّاً عِنْدَ الحَفْرِ، وَجَبَ الضَّمَانُ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا في جُرْحِ الحَرْبِيِّ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ المَوْتِ، فَهُوَ عَلَى العَاقِلَةِ؛ لأَنَّهُ خَطَأٌ بِالإِضَافَةِ إِلَىٰ عِصْمَةِ الإِسْلاَمِ.

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَطْرَأَ المُهْدِرُ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ مُسْلِماً، فَٱرْتَدَّ، وَمَاتَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ أَرْشُ الجِنَايَةِ؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ مُهْدَرَةٌ، وَلِوَلِيِّهِ المُسْلِمِ القِصَاصُ؛ لأَنَّهُ أَوْلَىٰ بِالتَّشَفِّي مِنَ الإِمَامِ.

وَقِيلَ: الإِمَامُ أَوْلَىٰ بِهِ؛ لأَنَّ المُرْتَدَّ لاَ يُورَثُ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَٱرْتَدَّ وَمَاتَ، فَدِيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِماً.

وَقِيلَ: دِيَتَانِ؛ لأَنَّا لَوْ أَدْرَجْنَا، لأَهْدَرْنَا.

وَقِيلَ: لاَ شَيْءَ؛ لأَنَّ القَطْعَ صَارَ قَتْلاً، وَصَارَ مُهْدَراً.

(الحَالَةُ الثَّالِثَةُ) لَوْ تَخَلَّلَ المُهْدِرُ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ؛ كَمَا لَوِ ٱرْتَدَّ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَفِي القِصَاصِ قَوْلاَنِ، إِنْ قَرُبَ الزَّمَانُ؛ لِمُقَارَنَةِ الإِهْدَارِ بَعْضَ أَجْزَاءِ السَّبَبِ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، فَالصَّحِيحُ

السُّقُوطُ[1]؛ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ فِي حَالَةِ الرِّدَّةِ، فَفِي حَالَةِ الإِسْلاَمِ، إِذِ الجِرَاحَةُ تَسْرِي فِي الرِّدَّةِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا القِصَاصَ، وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، إِنْ كَانَ خَطَأً.

وَقِيلَ: ثُلُثُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيعاً عَلَى الأَحْوَالِ الثَّلاَثِ.

وَقِيلَ: نِصْفُ الدِّيَةِ؛ تَوْزِيعاً عَلَى العِصْمَةِ والإِهْدَارِ.

(الحَالَةُ الرَّابِعَةُ): طَرَيَانُ مَا يُغَيِّرُ مِقْدَارَ الدِّيَةِ؛ كَمَا لَوْ جَرَحَ ذِمِّيّاً، فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْداً، فَأُعْتِقَ، ثُمَّ مَاتَ، وَالنَّظَرُ في القَدْرِ إِلَىٰ حَالَةِ (ح) المَوْتِ، وَلَوْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ قِيمَتُهُ مائتَانِ مِنَ الإِبلِ، فَعَتَقَ، فَمَاتَ، فَعَلَيْهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبلِ، وَيُصْرَفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ كَيْلاَ تَضيعَ الجِنَايَةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، فَمَاتَ، فَالمَصْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ، أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ كُلِّ القِيمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الوَاجِبَ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِراً بِالجِنَايَةِ عَلَى المِلْكِ أَوَّلاً، أَوْ مِثْلِ نِسْبَتِهِ مِنَ القِيمَةِ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي يُصْرَفُ إِلَيْهِ أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ، أَوْ نِصْفُ القِيمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ المَصْرُوفَ إِلَيْهِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِراً بِالجِنَايَةِ عَلَى المِلْكِ أَوَّلاً أَوْ مُجَرَّدُ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَى المِلْكِ، وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، ثُمَّ جَرَحَهُ رَجُلاَنِ آخَرَانِ، فَعَلَىٰ جَمِيعِهِمْ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى الجَانِي فِي الرِّقِّ الثُّلُثُ، وَلِلسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ، أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ، أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ القِيمَةِ، وَهُوَ ثُلُثُ القِيمَةِ.

وَفِي قَوْلٍ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ؛ أَوْ نِصْفُ القِيمَة، وَهُوَ أَرْشُ جِنَايَةِ المِلْكِ، المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَادَ، وَهُوَ فِي العِتْقِ، وَجَرَحَ جُرْحاً ثَانِياً، فَالوَاجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَلَكِنْ بِجِرَاحَتَيْنِ، حِصَّةُ جِنَايَةِ الرِّقِّ نِصْفُهُ، وَهُوَ السُّدُسُ، فَالمَصْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ، أَوْ سُدُسُ القِيمَةِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ هُوَ الأَقَلُّ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ القِيمَةِ، ثُمَّ حَقُّ السَّيِّدِ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالوَاجِبُ عَلَى الجَانِي الإِبلُ، وَالخِيَرَةُ إِلَى الجَانِي، فَإِنْ سَلَّمَ الإِبلَ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنْ سَلَّمَ الدَّرَاهِمَ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ ٱلامْتِنَاعُ؛ لأَنَّهُ حَقُّهُ.

وَقِيلَ: الإِبلُ هُوَ الوَاجِبُ؛ لأَنَّهُ المُتَعَيِّنُ.

(النَّوْعُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ)، وَهُوَ فِي شَرْطِ القَطْعِ وَالقَاطِعِ وَالمَقْطُوعِ؛ كَمَا ذَكَرْنَا فِي شَرْطِ القَطْعِ وَالقَاتِلِ والمَقْتُولِ لاَ يُفَارِقُهُ (ح) فِي التَّفَاوُتِ فِي البَدَلِ، تُقْطَعُ (ح) يَدُ الرَّجُلِ بِالمَرْأَةِ وَالعَبْدِ بِالحُرِّ، وَلاَ تُقْطَعُ السَّلِيمَةُ بِالشَّلاَّءِ، لأَنَّهَا لَيْسَتْ بَعْضاً مِنْ صَاحِبِهَا[2]، وَالأَيْدِي تُقْطَعُ (ح)

---

(١) قال الرافعي: «وإن طال الزمان، فالصحيح السقوط» أي من القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا تقطع السليمة بالشَّلاَّء؛ لأنها ليست بعضاً من صاحبها» المسألة مذكورة من بعد في التفاوت الثاني في الصفات وأشار بذكره ها هنا إلى أنَّا وإن لم نُراع في قصاص الطرف التساوي في العدل حتى تقطع يد الرجل بيد المرأة، لكن يراعى نسبة الطرفين إلى الجملتين واليد الشَّلاء ليست بعضاً من صاحبها بخلاف الصحيحة. [ت] في أصل الوجيز «نصفا» وفي أصل التذنيب بضعا.

بِاليَدِ الوَاحِدَةِ عِنْدَ ٱلاشْتِرَاكِ في جَمِيعِ أَجْزَاءِ القَطْعِ.

وَإِنَّمَا تُفَارِقُ النَّفْسَ في أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ الأَجْسَام لاَ تُضْمَنُ بِالسِّرَايَةِ نَصّاً؛ بِخِلاَفِ الرُّوحِ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ؛ أَنَّهُ كَالرُّوحِ (و).

(الثَّانِي): أَنَّ الجِنَايَةَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ قَابِلَةً لِلضَّبْطِ؛ حَتَّىٰ يُسْتَوْفَى مِثْلَهَا.

(وَالجِنَايَاتُ ثَلاَثٌ): جُرْحٌ، وَإِبَانَةُ طَرَفٍ، وَإِزَالَةُ مَنْفَعَةٍ:

(أَمَّا الجُرْحُ): فَفِي المُوضِحَةِ الَّتِي تُوضِحُ العَظْمَ مِنَ الرَّأْسِ أَوْ الجَبْهَةِ أَو الخَدِّ أَوْ قَصَبَةِ الأَنْفِ القِصَاصُ، وَلاَ قِصَاص فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الهَاشِمَةِ لِلعَظْمِ، أَوِ المُنَقِّلَةِ لَهُ، أَوِ الآمَّةِ البَالِغَةِ إِلَىٰ أُمِّ الرَّأْسِ، أَوْ الدَّامِغَةِ الخَارِقَةِ لِخَرْبَطَةِ الدِّمَاغِ، وَلاَ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ من الحَارِصَةِ الَّتِي تَشُقُّ الجِلْدَ، أَو الدَّامِيَةِ التي تُسِيلُ الدَّمَ، وَأَمَّ البَاضِعَةُ الَّتِي بِخَرْقٍ يُبْضِعُ اللَّحْمُ أَوِ المُتَلاَحِمَةُ الَّتِي تَغُوصُ في اللَّحْمِ عَرَضاً بَالِغاً، فَقَوْلاَنِ؛ لأَنَّ الضَّبْطَ مُمْكِنٌ عَلَى عُسْرٍ، وَذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ، فَإِذَا قَطَعَ نِصْفَ لَحْمِه إِلَى العَظْمِ، قَطَعْنَا نِصْفَ اللَّحْمِ إِلَى العَظْمِ، فَإِنْ شَقَّ مَارِنَهُ أَوْ أُذُنَهُ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ؛ لأَنَّ ضَبْطَهُ أَيْسَرُ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ كُوعِهِ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَجِبَ؛ لأَنَّ العُرُوقَ وَالأَعْصَابَ مُخْتَلِفَةُ الوَضْعِ فِيهِ، وَأَمَّا المُوضِحَةُ عَلَى الصَّدْرِ وَسَائِرِ البَدَنِ، فَلاَ يَتَقَدَّرُ دِيَتُهَا، وَلَكِنْ يَجْرِي القِصَاصُ فِيهَا؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ؛ لإِمْكَانِ الضَّبْطِ.

(وَأَمَّا الأَطْرَافُ)، فَيَجِبُ القِصَاصُ في جَمِيعِ المَفَاصِلِ، إِلاَّ في أَصْلِ المَنْكِبِ وَالفَخِذِ، إِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِلاَّ بِإِجَافَةٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَجِبُ؛ لأَنَّ أَصْلَ الإِجَافَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ.

وَفِي مَعْنَى المَفَاصِلِ أَبْعَاضُ المَارِنِ وَالأُذُنِ وَالأُنْثَيَيْنِ وَالذَّكَرِ والأَجْفَانِ وَالشَّفَتَيْنِ (و) وَالشُّفْرَيْنِ (و)؛ لأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّقْدِيرَ، وَلاَ قِصَاصَ في فَلْقَةٍ مِنَ الفَخِذِ؛ لأَنَّ سُمْكَهُ لاَ يَنْضَبِطُ، وَالعَجْزُ بَيْنَ ٱنْبِسَاطِ الفَخِذِ وَنُتُوِّ الذَّكَرِ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلاَ قِصَاصَ في كَسْرِ العِظَامِ، لَكِنْ يُقْطَعُ (ح) أَقْرَبُ المَفْصِلِ إِلَيْهِ مَعَ حُكُومَةِ البَقِيَّةِ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مَعَ الهَشْمِ، فَالقِصَاصُ (ح) في المُوضِحَةِ، وَالأَرْشُ في الهَشْمِ وَلَوْ قَطَعَ مِنَ المِرْفَقِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ (و) القَطْعُ مِنَ الكُوعِ، وَلَوْ كَسَرَ عَظْمَ العَضُدِ، فَفِي القَطْعِ مِنَ الكُوعِ مَعَ تَرْكِ أَرْشِ السَّاعِدِ وَجْهَانِ[1]، وَإِذَا سَقَطَ أَرْشُ السَّاعِدِ، فَفِي أَرْشِ بَقِيَّةِ العَضُدِ عِنْدَ عُدُولِهِ إِلَىٰ الكُوعِ

---

(١) قال الرافعي: «وإن كسر عظم العضد ففي القطع من الكوع مع ترك أرش الساعد وجهان» قضية ظاهرة تقييد الوجهين بما إذا قطع من الكوع تاركاً حكومة الساعد ولم يتعرض له الإمام وغيره، بل أطلقوا الوجهين، ثم فرعوا عليها حكومة الساعد فقالوا: إنْ جوَّزنا له القطع من الكوع فقطع فهل له حكومة الساعد؟ فيه وجهان أشبههما نعم. [ت]

عُدْوَاناً وَجْهَانِ[١]، وَلَوْ عَدَلَ إِلَىٰ لَقْطِ الأَصَابِعِ، مَعَ القُدْرَةِ عَلَى الكُوعِ، لَمْ يَجُزْ لِتَعَدُّدِ الجِرَاحَةِ.

(وَأَمَّا المَعَانِي)، فَالسَّمْعُ والبَصَرُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا بالسِّرَايَةِ عِنْدَ إِيضَاحِ الرَّأْسِ، وَلَوْ قطعَ بَعْض الأَصَابعِ، فَتَأَكَّلَ البَاقِي بِالسِّرَايَةِ، لَمْ يَضْمَنِ الأَجْسَامَ بالسِّرَايَةِ؛ لأَنَّها لاَ تُقْصَدُ، هَذَا نَصُّهُ[٢].

وَقِيلَ في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَفِي إِلْحَاقِ العَقْلِ وَالبَطْشِ بِالبَصَرِ تَرَدُّدٌ؛ لِبُعْدِهِمَا عَنِ التَّنَاوُلِ بِالسِّرَايَةِ، وَلَوْ قَطَعَ مُسْتَحِقُّ اليَدِ بَعْضَ الأَصَابِعِ، فَتَأَكَّلَ البَاقِي، فَفِي تَأَدِّي القِصَاصِ به قَوْلاَنِ؛ وَكَذَا الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ خطأً، أَوْ كَانَ المُسْتَحِقُّ مَجْنُوناً، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ، فَتَمَعَّطَ شَعَرُهُ، فَأَوْضحْنَا رَأْسَهُ، فَتَمَعَّطَ شَعَرُهُ، فَفِي وُقُوعِ الشَّعَرِ قِصَاصاً خِلاَفٌ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَقَعَ؛ لأَنَّ نَفْسَ الشَّعَرِ لاَ قِصَاصَ فِيهِ، وَوَجْهُ وُقُوعِهِ؛ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلإِيضَاحِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: في المُمَاثَلَةِ)، وَالتَّفَاوُتِ في ثَلاَثَة:

(التَّفَاوُتُ الأَوَّلُ): تَفَاوُتُ المَحَلِّ وَالقَدْرِ، فَلاَ يُقْطَعُ اليُمْنَىٰ بِاليُسْرَىٰ، وَلاَ السَّبَّابَةُ بِالوُسْطَىٰ، وَلاَ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ بِأُخْرَى عِنْدَ تَفَاوُتِ المَحَلِّ، وَإِنْ تَسَاوَتِ الزَّائِدَتَانِ فِي الْحُكُومَةِ، وَاخْتَلَفَا في الحَجْمِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُمَا اسْمٌ أَصْلِيٌّ؛ بِخِلاَفِ يَدِ الصَّغِيرِ مَعَ الكَبِيرِ، وَالتَّفَاوُتُ فِي المُوضِحَةِ يُؤَثِّرُ، أَعْنِي في سَعَتِهَا، لاَ في عِوَضِهَا (و)، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ، اسْتَوْعَبْنَا رَأْسَهُ، وَلَمْ يُكَمَّلْ بِالقَفَا، بَلْ ضَمَمْنَا (ح) إِلَيْهِ الأَرْشَ، وَلَوْ كَانَتْ نَاصِيَةُ الجَانِي أَصْغَرَ، وَقَدْ أَوْضحَ نَاصِيَةَ غَيْرِهِ، كَمَّلْنَا (و) بِمَا حَوَالَيْهِ، لِشُمُولِ اسْمِ الْموضِحَةِ، وَلَوْ زَادَ عَلَىٰ مَا اسْتَحَقَّهُ قِصَاصاً، فَعَلَيْهِ أَرْشٌ كَامِلٌ لِتِلْكَ الزِّيَادَةِ لأَنَّهُ فَارَقَ البَقِيَّةَ في الحُكْمِ، فَأُفْرِدَ بِحُكْمٍ.

وَقِيلَ عَلَيهِ قِسْطٌ؛ لأَنَّ الكُلَّ مُوضِحَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوِ اشْتَرَكُوا في إِيضَاحٍ، احْتُمِلَ (و) أَنْ يُوَزَّعَ المِقْدَارُ عَلَيْهِمْ، وَاحْتُمِلَ أَنْ يُوضَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُ.

(التَّفَاوُتُ الثَّانِي: فِي الصِّفَاتِ)، وَلاَ يُقْطَعُ اليَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلاَّءِ، وَيُقْطَعُ (و) الشَّلاَّءُ بِالصَّحِيحَةِ، إِنْ قَنِعَ بِهَا، وَلاَ يُضَمُّ إِلَيْهَا أَرْشٌ[٣]، وَكَذَا ذَكَرُ الأَشَلِّ، وَشَلَلُ الذَّكَرِ أَلاَّ يَتَقَلَّصَ في بَرْدٍ، وَلاَ يَسْتَرْسِلَ فِي حَرٍّ وَيُقْطَعُ ذَكَرُ (ح م) الصَّحِيح بِذَكَرِ الْعِنِّينِ وَالْخَصِيِّ وَالصَّبِيِّ؛ إِذْ لاَ خَلَلَ في نَفْسِ العُضْوِ، كَمَا يُقْطَعُ أُذنُ السَّمِيعِ بِالأَصَمِّ، وَأَنْفُ السَّلِيمِ بِالأَخْشَمِ وَأَنْفُ الصَّحِيحِ بِالمَجْذُومِ، إِلاَّ إِذَا أَخَذَ الْجُذَامُ في التَّفَتُّتِ، وَحَدَقَةُ العَمْيَاءِ وَلِسَانُ الأَبْكَمِ كَالشَّلاَّءِ، وَيُقْطَعُ الأُذُنُ الصَّحِيحَة بالمَثْقُوبَةِ

---

(١) قال الرافعي: «وإذا سقط أرش الساعد ففي أرش بقية العضد عند عدوله إلى الكوع عدواناً وجهان» حكاية الوجهين في حكومة بقية العضد لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، والذي يوجد أنها تجب؛ لأن استيفاء تلك البقية متعذر شرعاً، ولم يوجد فيها من المجني عليه عدوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما المعاني فالسمع والبصر يجب القصاص فيهما بالسراية إلى قوله: هذا نصه» السياق يشعر بأن النص في السمع والبصر وجوب القصاص بالسِّراية، وفي الأجسام المنع، وليس في السمع نقلُ نصٍ، وإنما النص في البصر وألحق السمع به على اختلاف فيه. [ت]

(٣) قال الرافعي: ويقطع الشَّلاَّء بالصحيحة إن قنع بها، ولا يضم إليه أَرْش مُغن عن قوله: إن قنع بها. [ت]

مِنْ أُذُنِ النِّسَاءِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْنٌ، وَلاَ تُسْتَوْفَىٰ كَامِلَةٌ بِأُذُنٍ مَجْذُومَةٍ، قُطِعَ بَعْضُهَا، وَلَوْ كَانَ أَظْفَارُ المَجْنِيِّ مُتَقَرِّعَةً أَوْ مُحْصَرَةً أَوْ مَقْلُوعَةً، قُطِعَ بِهَا الصَّحِيحَةُ[1]، نَظَراً إِلَىٰ كَمَالِ أَرْشِ الأُنْمُلَةِ مِنْ غَيْرِ ظُفُرٍ، وَلَوْ قُطِعَ أُذُنُهُ، ثُمَّ ٱلْتَصَقَ فِي حَرَارَةِ الدَّمِ، لَمْ يَسْقُطِ القِصَاصُ، وَوَجَبَ قَطْعُهُ، إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ نَجِسٌ.

وَلاَ يُقْلَعُ سِنُّ البَالِغِ بِسِنِّ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يُثْغِرْ، وَكَذَا إِذَا فَسَدَ مَنْبِتُ الصَّبِيِّ لكن عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، لأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ فِي الأَصْلِ، وَسِنُّ البَالِغِ أَصْلِيٌّ[2]،

وَإِنْ أَعَادَ سِنَّ البَالِغِ، فَفِي سُقُوطِ (و) القِصَاصِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ عَادَتِ المُوضِحَةُ مُلْتَئِمَةً، لَمْ يَسْقُطِ القِصَاصُ، وَلَوْ قَطَعَ فَلْقَةً مِنْ طُولِ لِسَانِهِ، فَعَادَ، فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ المُوضِحَةِ وَالسِّنِّ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ، وَكَانَ قَدِ ٱسْتَوْفَاهُ، لَزِمَهُ الدِّيَةُ، وَإِنْ كَانَ العَائِدُ سِنَّ الجَانِي، فَهَلْ يَقْلَعُهُ عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ ثَانِياً وَثَالِثاً إِلَىٰ إِفْسَادِ المَنْبِتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(التَّفَاوُتُ الثَّالِثُ: فِي العَدَدِ)، فَإِنْ كَانَ يَدُ الجَانِي نَاقِصاً بِأُصْبُعٍ، قُطِعَتْ (ح) وَطُولِبَ بِالأَرْشِ، وَإِنْ كَانَ النَّاقِصُ يَدَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ كَانَ (ح) لَهُ لَقْطُ الأَصَابِعِ الأَرْبَعِ، وَلَوْ كَانَ عَلَىٰ يَدِ الجَانِي أُصْبُعَانِ شَلاَّوَانِ، فَلَهُ لَقْطُ الأَصَابِعِ الثَّلاَثِ، وَلَهُ دِيَةُ الأُصْبُعَيْنِ، وَحُكُومَةُ الكَفِّ يَنْدَرِجُ تَحْتَ جَمِيعِ الأَصَابِعِ؛ قَوْلاً وَاحِداً، وَهَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ قِصَاصِ الأَصَابِعِ، وَهَلْ يَنْدَرِجُ بَعْضُهُ تَحْتَ دِيَةِ بَعْضِ الأَصَابِعِ فِيهِ وجْهَانِ، وَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ حُكُومَةِ الأُصْبُعِ الشَّلاَّءِ، وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ يَدِ الجَانِي سِتُّ أَصَابِعَ مُتَسَاوِيَةٍ لَيْسَ فِيهَا زَائِدٌ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَلْقُطَ خَمْساً، وَيُطَالِبَ بِسُدُسِ دِيَةِ اليَدِ، وَيُحَطُّ شَيْءٌ بِٱلاجْتِهَادِ؛ لأَنَّ كُلَّ سُدُسٍ ٱسْتَوْفَاهُ، كَانَ فِي صُورَةِ خُمُسٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا زِيَادَةٌ بِالفِطْرَةِ، ٱلْتَبَسَ عَلَىٰ أَهْلِ الصَّنْعَةِ؛ فَلاَ قِصَاصَ خِيفَةً مِنْ أَخْذِ الزِّيَادَةِ بِالأَصْلِيَّةِ، فَإِنْ بَادَرَ وَلَقَطَ خَمْساً، فَهُوَ تَمَامُ حَقِّهِ، وَلاَ أَرْشَ لَهُ بَعْدَهُ، وَإِنِ ٱحْتُمِلَ أَنْ تَكُونَ الزَّائِدَةُ هِيَ المُسْتَوْفَاةَ، وَلَوْ قَسَّمَتِ القُوَّةُ المُدَبِّرَةُ ــ بِإِذْنِ الله تَعَالَىٰ ــ أُصْبُعاً وَاحِدَةً بِأَرْبَعِ أَنَامِلَ مُتَسَاوِيَةٍ، فَقَطَعَ صَاحِبُهَا أُنْمُلَةً مِنْ مُعْتَدِلَةٍ، قَطَعْنَا وَاحِدَةً، وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ الرُّبُعِ وَالثُّلُثِ، وَإِنْ قَطَعَ ثِنْتَيْنِ، قَطَعْنَا ثِنْتَيْنِ، وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ النِّصْفِ وَالثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ قَطَعَ ثَلاَثَةً، قَطَعْنَا ثَلاَثَةً، وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ الكُلِّ وَثَلاَثَةِ أَرْبَاعٍ، وَلَوْ قَطَعَ الأُنْمُلَةَ الوُسْطَىٰ مِمَّنْ لاَ عُلْيَا لَهُ، وَجَبَ القِصَاصُ، وَتَعَذَّرَ ٱلاسْتِيفَاءُ، فَإِنْ سَقَطَتْ عُلْيَا الجَانِي بِآفَةٍ أَوْ جِنَايَةٍ، ٱسْتُوفِيَتِ الوُسْطَىٰ، وَهَلْ يُطَالَبُ فِي الحَالِ بِأَرْشٍ؟ يُبْنَىٰ عَلَى أَنَّ المَجْنُونَ إِذَا ثَبَتَ لَهُ

---

(١) قال الرافعي: ولو كانت أظفار الجاني متقرّعةً أو محصرة أو مقلوعة قطع الصحيحة» هذا احتمال ذكره الإمام في المقلوعة والمنقول عن النص، والذي أخذ به الأصحاب أن الصحيح أنه لا يقطع بمقلوعة الأظفار. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يقلع سن البالغ بسن الصبي الذي لم يثغر، وكذا إن فسد منبت الصبي لكن على أحد القولين؛ لأن سن الصبي فضلة في الأصل، وسن البالغ أصلي» لم أر حكاية القولين لغير صاحب الكتاب وإنما الذي أطلقوه وجوب القصاص عند فساد المنبت وقال الإمام بعد نقل الوجوب عن الأصحاب وفي القلب منه شيء، لأن السّن من غير المثغور غير عضو قصاص فلا تتجه مقابلتها بعضو القصاص. [ت]

القِصَاصُ، هَلْ يُطَالَبُ لَهُ بِأَرْشٍ؛ لِلْحَيْلُولَةِ؟ وَالنَّصُّ أَنَّهُ يُطَالَبُ، وَفِي الصَّبِيِّ لاَ يُطَالَبُ، فَقِيلَ: بالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا نَفْياً وَإِثْبَاتاً؛ تَخْرِيجاً، وَفِي طَلَبِ الأَرْشِ؛ لأَجْلِ الحَيْلُولَةِ بِعُذْرِ الحَمْلِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَى الصَّبِيِّ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُطَالَبَ، لأَنَّ أَمَدَ الحَمْلِ قَرِيبٌ، فَتَوَقُّعُ سُقُوطِ العُلْيَا بِآفَةٍ؛ كَتَوَقُّعِ المَجْنُونِ الإِفَاقَةَ.

(فَرْعٌ): لَوْ قَدَّ مَلْفُوفاً فِي ثَوْبٍ بِنِصْفَيْنِ، فَٱدَّعَىٰ مَوْتَهُ، فَالأَصْلُ عَدَمُ القِصَاصِ مِنْ جَانِبِهِ، وَٱسْتِمْرَارُ الحَيَاةِ مِنْ جَانِبِ المَلْفُوفِ، فَيُخَرَّجُ التَّصْدِيقُ عَلَىٰ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ نُقْصَانَ يَدِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأُصْبُعٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ؛ فِي قَوْلٍ؛ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ القِصَاصِ . وقول المجنيِّ في قول، إِذِ الأَصْلُ السَّلاَمَةُ.

وَفِي الثَّالِثِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ العُضْوِ الظَّاهِرِ وَالبَاطِنِ، فَيُصَدَّقُ المَجْنِيُّ فِي الْعُضْوِ الْبَاطِنِ؛ لِعُسْرِ البَيِّنَةِ، وَالبَاطِنُ مَا يَجِبُ سَتْرُهُ شَرْعاً؛ عَلَىٰ رَأْيٍ. وَمُرُوْءَةً عَلَى رَأْيٍ.

وَفِي الرَّابِعِ؛ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ نَفْيَ السَّلاَمَةِ أَصْلاً، أَوْ زَوَالَهَا طَارِئاً، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فَمَاتَ، فَقَالَ وَلِيُّ الدَّمِ: مَاتَ بَعْدَ ٱلانْدِمَالِ، وَعَلَيْكَ دِيَتَانِ، وَقَالَ الجَانِي: بَلْ قَبْلَ ٱلانْدِمَالِ، فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ يُصَدِّقُ أَحَدَهُمَا، صُدِّقَ، وَإِلاَّ فَهُوَ خَارِجٌ (و) عَلَىٰ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ؛ إِذِ الأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنْ جَانِبٍ، وَعَدَمُ التَّدَاخُلِ مِنْ جَانِبٍ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مُوْضِحَتَيْنِ، فَقَالَ الجَانِي: رَفَعْتُ الحَاجِزَ قَبْلَ ٱلانْدِمَالِ، وَعَلَيَّ أَرْشٌ وَاحِدٌ، وَقَالَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ: بَلْ بَعْدَهُ، وَعَلَيْكَ ثَلاَثَةُ أُرُوشٍ، وَٱقْتَضَى الحَالُ تَحْلِيفَ المَجْنِيِّ، فَحَلَفَ، ثَبَتَ الأَرْشَانِ.

وَفِي الثَّالِثِ وَجْهَانِ؛ وَجْهُ قَوْلِنَا: لاَ يَثْبُتُ؛ أَنَّ اليَمِينَ إِنَّمَا يَصْلُحُ لِنَفْيِ التَّدَاخُلِ، لاَ لإِثْبَاتِ مَالٍ عَلَىٰ غَيْرِهِ.

(الفَصل الثَّانِي: في حُكْمِ الْقِصَاصِ[1] الوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابانِ):

(البَابُ الأَوَّلُ: في الاسْتِيفَاءِ، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُولٍ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: فِيمَنْ لَهُ وِلاَيَةُ الاسْتِيفَاءِ)، فَإِنْ كَانَ القَتِيلُ وَاحِداً، فَهُوَ لِكُلِّ الوَرَثَةِ عَلَىٰ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنونٌ أَوْ صَغِيرٌ، اُنْتُظِرَ (ح م) تَكْلِيفُهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، اُنْتُظِرَ حُضُورُهُ، فَإِنْ تَزَاحَمُوا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، فَلِغَيْرِهِ مَنْعُهُ مِنْ أَصْلِ الاسْتِيفَاءِ، وَيَدْخُلُ في القُرْعَةِ المَرْأَةُ وَالعَاجِزُ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[2]؛ لِيَسْتَنِيبَ، إِنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

---

(١) اضطربت القوانين الوضعية في هذا القصاص، واختلفت أنظار المفكرين في جوازه أو عدمه، وأخذ كل يدافع عن فكرته، ويحاجج عن رأيه، حتى رمى بعض الغلاة الإسلام بالقسوة في تقرير هذه العقوبة، وقالوا: إنها غير صالحة لهذا الزمن، وقد نسوا أن الإسلام جاء في ذلك بما يصلح البشر على مر الزمن مهما بلغوا في الرقي، وتقدمُّوا في الحضارة.

كانت هذه العقوبة موجودة قبل الإسلام، ولكن للاعتداء فيها يده المثمرة، وللإسراف فيها ضرره البالغ، فحد الإسلام من غلوائها، وقصر من عدوانها، ومنع الإسراف فيها. فقال تعالى: **﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنَّهُ كان منصوراً﴾** فلم يبح دَمَ من لم يشترك في القتل قال تعالى: **﴿ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى﴾**.

وقال عز من قائل: **﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالانف﴾**... الآية ولكن أفسح المجال للفصل بين الناس، وترك لِلْجَمَاعَةِ الراقية مع ذلك أن نرى خيراً في العفو عن الجاني فقال: **﴿فمن تصدَّق به فهو كفَّارة له﴾** على أن العقلاء الذين خبروا الحوادث، وعركوا الأمور، ودرسوا طبائع النفوس البشرية، ونزعاتها وغرائزها، فهداهم تفكيرهم الصحيح إلى صلاح هذه العقُوبة، لإنتاج الغاية المقصودة، وهي إقرار الأمن وطمأنة النفوس، ودرء العدوان والبغي، وإنقاذ كثيرين من الهلاك؛ قال تعالى: **﴿ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب﴾**.

ولقد فهم أولوا الألباب هذه الحكمة البالغة، وقدروها حق قدرها، وها نحن أولاء نرى اليوم أن الأمم التي ألفت هذه العقوبة عادت إلى تقريرها لما رأته في ذلك من المصلحة.

وأمكننا الآن أن نقول: إنه ليس هناك من خلاف كبير بين الإسلام والقوانين الوضعية في هذا الموضوع.

أما القصاص في غير القتل مما ورد في الآية الكريمة **﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾** فهو في غاية الحكمة والعدالة؛ إذ لو لم يكن الأمر كذلك لاعتدى القوي على الضعيف، وشوه خلقته، وفعل به ما أمكنته الفرصة لا يخشى من وراء ذلك ضرراً يناله، أو شراً يصيبه، ولو اقتصر الأمر على الديات كما هو الحال في القوانين الوضعية لكان سهلاً مع الباغي يسيراً على الجاني، ولتنازل الإنسان عن شيء من ماله في سبيل تعجيز حذف، وتشويههُ ما دامت القوة في يده، ولكنه لو عرف أن ما يناله بالسوء من أعضاء عدوه سيصيب أعضاءه مثله كذلك، انكمش وارتدع وسلموا جميعاً من الشر.

(٢) قال الرافعي: «ويدخل في القرعة المرأة والعاجز على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ وَاحِدٌ، فَقتَلَ، فَفِي وُجُوبِ القِصَاصِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ العَفْوِ مِنَ البَعْضِ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ، وَوَجْهُ الإِسْقَاطِ شُبْهَةُ خِلاَفِ عُلَمَاءِ المَدِينَةِ فِي إِثْبَاتِ ٱلاسْتِبْدَادِ لِكُلِّ وَاحِدٍ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لاَ قِصَاصَ، فَقَدِ ٱسْتَوْفَىٰ حَقَّهُ، وَيُغرَّمُ نَصِيبَ البَاقِينَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لأَنَّ لَهُ حَقّاً فِي المُسْتَوْفَىٰ؛ بِخِلاَفِ الأَجْنَبِيِّ إِذَا قَتَلَ، وَأَمَّا إِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ (ح م)، وَلِلبَاقِينَ الدِّيَاتُ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ مَعاً، خُصِّصَ بِالقِصَاصِ مَنْ خَرَجَتِ القُرْعَةُ لَهُ، وَهَلْ يُكْتَفى بِالعَبْدِ فِي مُقَابَلَةِ الجَمَاعَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ؛ لأَنَّ حَقَّ الآخَرِينَ يَضِيعُ فِي التَّخْصِيصِ، فَإِنْ تَمَالأَ أَوْلِيَاءُ القَتْلَىٰ، وُزِّعَ عَلَيْهِمْ؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّةً مِنَ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: يُكْفَىٰ عَنْ جَمِيعِهِمْ.

وَقِيلَ: يُخَصَّصُ بِالقُرْعَةِ.

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ غَائِبٌ، فَفِي تَسْلِيطِ الحَاضِرِ وَالعَاقِلِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ خِلاَفٌ، وَلَوِ ٱجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَالطَّرَفِ، قُدِّمَ مُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ، وَلَوِ ٱجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ اليَمِينِ، وَمُسْتَحِقُّ أُصْبُعٍ مِنَ اليَمِينِ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ لاَ يَنْبَغِي لِلمُسْتَحِقِّ أَنْ يَسْتَقِلَّ دُونَ الرَّفْعِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ فَعَلَ، عُزِّرَ وَوقَعَ المَوقِعُ، وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ القَتْلَ دُونَ الجَلْدِ فِي القَذْفِ، فَإِنَّهُ مُتَفَاوِتٌ، وَيُتَّهَمُ فِيهِ، وَفِي القَطْعِ تَرَدُّدٌ، لأَنَّهُ قَدْ يُرَدِّدُ الحَدِيدَةَ، وَمَهْمَا أَذِنَ الوَلِيُّ فِي ضَرْبِ الرَّقَبَةِ، فَأَصَابَ غَيْرَهُ عَمْداً، عُزِّرَ وَلَمْ يُعْزَلْ، وَإِنْ أَخطَأَ، أُمِرَ بِٱلاسْتِنَابَةِ لِعَجْزِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ مَسْمُومٍ يُفَتِّتُهُ قَبْلَ الدَّفْنِ، لَمْ يُمَكَّنْ، وَإِنْ كَانَ يُفَتِّتُ بَعْدَ الدَّفْنِ، فَوَجْهَانِ، وَأُجْرَةُ الجَلاَّدِ عَلَى المَقْطُوعِ، وَفِي الحَدِّ عَلَى بَيْتِ المَالِ نَصَّ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ مَنْشَؤُهُمَا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ العُهْدَةِ بِالتَّمْكِينِ أَوِ التَّمْيِيزِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي أَنَّ القِصَاصَ عَلَى الفَوْرِ)، فَلاَ يُؤَخَّرُ (ح) بِاللِّيَاذِ إِلَى الحَرَمِ، بَلْ يُقْتَلُ فِيهِ، وَيُخْرَجُ عَنِ المَسْجِدِ الحَرَامِ، فَيُقْتَلُ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ فِي المَسْجِدِ الحَرَامِ، وَيُبْسَطُ الأَنْطَاعُ تَعْجِيلاً، وَلَوْ قُطِعَ طَرَفُهُ، فَمَاتَ، فَلِلوَلِيِّ قَطْعُ طَرَفِهِ وَحَزُّ رَقَبَتِهِ عَقِيبَهُ، إِنْ شَاءَ، وَلَهُ التَّأْخِيرُ.

وَلاَ يُؤَخَّرُ قِصَاصُ الطَّرَفِ لِحَرٍّ مُفْرِطٍ، وَلاَ لِمَرَضِ الجَانِي، وَلاَ يُمْنَعُ مِنَ المُوَالاَةِ فِي قَطْعِ الأَطْرَافِ قِصَاصاً، وَإِنْ كَانَ قَدْ قُطِعَ أَطْرَافُهُ بِالجِنَايَةِ مُتَفَرِّقاً، وَلاَ يُؤَخَّرُ إِلاَّ بِعُذْرِ الحَمْلِ عِنْدَ ظُهُورِ مَخَايِلِهِ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ دَعْوَاهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ[1]، ثُمَّ يُؤَخَّرُ إِلى الوَضْعِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ سِوَاهَا مُرْضِعَةٌ، فَإِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ.

وَفِي الحَدِّ يُؤَخَّرُ بَعْدَ الفِطَامِ إِلَى أَنْ يَكْفُلَهُ غَيْرُهَا، وَلاَ يُحْبَسُ فِي الحَدِّ، وَلاَ يُتْبَعُ الهَارِبُ، وَيُحْبَسُ فِي القِصَاصِ الحَامِلُ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يكفي مجرد دعواها على أصح الوجهين» الأصح عند الأكثرين خلافه. [ت]

وَلَوْ بَادَرَ الوَلِيُّ، فَقَتَلَ الحَامِلَ، فَغُرَّةُ الجَنِينِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؛ إِذْ لاَ يُتَيَقَّنُ حَيَاةُ الجَنِين، فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ.

وَلَوْ قَتَلَهَا بِتَسْلِيطِ الإِمَامِ، فَيُحَالُ بِالغُرَّةِ عَلَى الإِمَامِ؛ في وَجْهٍ؛ لِتَقْصِيرِهِ في التَّسْلِيطِ، أَوْ تَرْكِ البَحْثِ.

وَعَلَى الوَلِيِّ في وَجْهٍ؛ لِمُبَاشَرَتِهِ.

وَعَلَيْهِمَا بِالشَّرِكَةِ في وَجْهٍ.

وَفِي وَجْهٍ رَابِعٍ يُحَالُ عَلَى الإِمَامِ، إِنْ كَانَ عَالِماً، فَإِنْ كَانَ جَاهِلاً، فَلاَ.

أَمَّا الجَلاَّدُ، فَلاَ عُهْدَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ جَهْلِهِ بِحَالٍ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في كَيْفِيَّةِ المُمَاثَلَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ (ح)، فَمَنْ قَتَلَ بِالقَطْعِ، أَوْ بِالإِحْرَاقِ، أَوْ بِالتَّغْرِيقِ، أَوْ بِالتَّخْنِيقِ، قُتِلَ بِمِثْلِه، إِلاَّ إِذَا قَتَل بِاللِّوَاطِ وَإِيجَارِ الخَمْرِ، فَيُقْتَلُ بِالسَّيْفِ مِنْ غَيْرِ إِيجَارٍ.

وَقِيلَ: يُوجَرُ خَلاًّ، وَيُدَسُّ خَشَبَةً، وَمَهْمَا عَدَلَ المُسْتَحِقُّ إِلَى السَّيْفِ مِنْ غَيْرِهِ، مُكِّنَ؛ لأَنَّهُ أَسْهَلُ، فَلَوْ جَوَّعَ الجَانِيَ، أَوْ أَلْقَاهُ في النَّارِ بِمِثْلِ تَلْكَ المُدَّةِ، أَوْ ضَرَبَهُ بِالسِّيَاطِ مِثْلَ تِلْك الضَّرَبَاتِ، فَلَمْ يَمُتْ، فَيَزِيدُ في الضَّرْبِ وَالتَّجْوِيعِ، أَمْ يَعْدِلُ إِلى السَّيْفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الجَانِي بِقَطْعِ مِثْلِ الأَطْرَافِ المَقْطُوعِ جِنَايَةً، فَلاَ يُقْطَعُ طَرَفٌ آخَرُ، وَلَوْ لم يَمُتْ بِمِثْلِ تَلْكِ الجَوَائِفِ، فَهَلْ يُوَالَىٰ بِالجوائِفِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ مِنَ الكُوعِ، وَآخَرُ مِنَ الْمِرْفَقِ، فَمَاتَ، فَهَلْ يُقْتَلُ قَاطِعُ المِرْفَقِ بِقَطْعِ مِرْفَقِه؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ المَنْعِ؛ أَنَّهُ قَطَعَ سَاعِداً بِلا كَفٍّ؛ فَلاَ يَقْطَعُ سَاعِداً مَعَ الكَفِّ، فَإِذَا مَاتَ الجَانِي بِسِرَايَةِ القَطْعِ أَوَّلاً، ثُمَّ مَاتَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ، فَفِي وُقُوعِهِ قِصَاصاً وَجْهَانِ، وَلَوِ ٱسْتَحَقَّ القِصَاصَ في اليَمِينِ، وَأَخْرَجَ الجَانِي يَسَارَهُ، فَقَطَعَهُ، فَأَمَّا القِصَاصُ في اليَسَارِ، فَيَسْقُطُ (و)، إِنْ قَصَدَ بِإِخْرَاجِهِ الإِبَاحَةَ؛ لأَنَّهُ فِعْلٌ مَعَ القَصْدِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَاكِتٍ، فَهَلْ يَكُونُ سُكُوتُهُ إِهْدَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وأَمَّا حَقُّ القَاطِعِ في اليَمِينِ، لاَ يَسْقُطُ إِلاَّ إِذَا قَالَ: قَصَدْتُ بِقَطْعِ اليَسَارِ؛ أَنْ آخُذَهُ عِوَضاً عَن اليَمِينِ، فَفِي سُقُوطِهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ بُنِيَ عَلَىٰ ظَنٍّ خَطَإٍ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا، بَقِيَ لَهُ الدِّيَةُ، وَلَوْ قَالَ المُخْرِجُ: قَصَدْتُ بِإِخْرَاجِ اليَسَارِ إِيقَاعَهُ عَنِ اليَمِينِ، فَقَالَ القَاطِعُ: ظَنَنْتُ بِالإِخْرَاجِ إِبَاحَةً، فَلاَ قِصَاصَ في اليَسَارِ؛ لِتَأَكُدِ الظَّنِّ بِالإِخْرَاجِ؛ وَكَذَلِكَ في كُلِّ حَالَةٍ؛ لأَنَّ بَذْلَهُ عِوَضاً عَنِ اليَمِينِ، تسليطٌ وأَمَّا حَقُّهُ عَنْ اليَمِينِ لا يَسْقُطُ إِلاَّ إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهُ عِوَضاً عَنِ اليَمِيْنِ، فَيَكُونَ تَطَابُقُ القَصْدَيْنِ مُعَاوَضَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ المُخْرَجَ يَمِينٌ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: ظَنَنْتُهُ قَاتِلَ أَبِي، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُهُ يُجْزِىءُ عَنِ اليَمِينِ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ لاَ يَجِبُ القِصَاصُ، لأَنَّهُ ٱنْضَمَّ إِلَيْهِ قَرِينَةُ الإِخْرَاجِ، وَإِنْ جَرَىٰ ذَلِكَ في السَّرِقَةِ، وَفُرِضَ دَهْشَتُهُ، أَوْ ظَنٌّ، وَقَعَ عَنْ جِهَةِ الحَدِّ لأن مَبْنَاهُ عَلى المُسَاهَلَةِ.

(البَابُ الثَّانِي: العَفْوُ)

والنَّظَرُ في طَرَفَيْنِ:

(الأَوَّلُ: في حُكْمِ العَفْوِ)، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القَوَدُ المَحْضُ، وَالدِّيَةُ خَلَفٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ، أَوْ هُوَ القَوَدُ أَوِ الدِّيَةُ أَحَدُهُما لاَ بِعَيْنِهِ وَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا، فَلَوْ عُفِيَ عَنْهُمَا صَحَّ، وَإِنْ عُفِيَ عَنِ الدِّيَةِ، فَلَهُ القِصَاصُ، وَهَلْ لَهُ مَرْجِعٌ إِلَى الدِّيَةِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

وَجْهُ الرُّجُوعِ؛ أَنَّهُ يَبْعُدُ بَقَاءُ قِصَاصٍ مَحْضٍ بِلاَ دِيَةٍ يُرْغَبُ بِهَا في العَفْوِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ تَأْثِيرَ العَفْوِ يُلْحِقُ تَفْرِيعَ هَذَا القَوْلِ (و) بِالقَوْلِ الآخَرِ.

فَإِنْ قُلْنَا: لاَ مَرْجِعَ إِلَى المَالِ، فَفِي جَوَازِ التَّرَاضِي فَوَجْهَانِ، فَإِنْ جَرَىٰ مَعَ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ، وَهُوَ جَارٍ في كُلِّ قِصَاصٍ يَثْبُتُ بِلاَ دِيَةٍ، وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَنْكَ؛ نُزِّلَ عَلَى القِصَاصِ؛ فِي وَجْهٍ، وَرُجِعَ إِلَىٰ نِيَّتِهِ؛ في وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَرْتُ الدِّيَةَ، يَسْقُطُ القِصَاصُ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَرْتُ القَوَدَ، لَمْ يَسْقُطِ الدِّيَةُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)؛ لأَنَّهُ تَهْدِيدٌ وَوَعِيدٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الوَاجِبُ القَوَدُ المَحْضُ، فَلَوْ عَفَا عَلَىٰ مَالٍ، ثَبَتَ المَالُ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ ٱلاقْتِصَاصِ، ثَبَتَ المَالُ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقاً، فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَ مُفْلِساً، فَلَهُ العَفْوُ عَنِ القِصَاصِ، وَلَهُ العَفْوُ عَنِ الدِّيَةِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهُ دَفْعٌ لِلوُجُوبِ، لا إِسْقَاطٌ لِلوَاجِبِ، أَوْ سَبَبُ الوُجُوبِ عَفْوٌ مُطْلَقٌ، وَلَمْ يَجْرِ، وَالمُبَذِّرُ كَالبَالِغِ في ٱسْتِيفَاءِ القِصَاصِ وَعَفْوِهِ، وَفي إِسْقَاطِهِ الدِّيَةَ مَعَ القِصَاصِ كَالصَّغِيرِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالمُفْلِسِ.

وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ مِائَتَيْنِ مِنَ الإِبِلِ، بَطَلَ؛ عَلَى قَوْلِنَا: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا.

وَعَلَىٰ قَوْلِ الآخَرِ وَجْهَانِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في العَفْوِ الصَّحِيحِ وَالفَاسِدِ)، وَأَحْوَالُ العَفْوِ خَمْسَةٌ:

(الأُولَىٰ): إِذَا أَذِنَ في القَطْعِ وَالقَتْلِ، فَلاَ دِيَةَ.

وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَةُ، إِذَا قُلْنَا: يَثْبُتُ الدِّيَةُ لِلوَارِثِ ٱبْتِدَاءً لاَ تَلَقِّياً.

وَفِي سُقُوطِ الكَفَّارَةِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِاللُّزُومِ.

(الثَّانِيَةُ): العَفْوُ بَعْدَ القَطْعِ وَقَبْلَ السِّرَايَةِ صَحِيحٌ عَمَّا مَضَىٰ، وَيَسْقُطُ القِصَاصُ عَنِ السِّرَايَةِ في المُسْتَقْبَلِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)؛ لأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَعْفُوٍّ عَنْهُ، وَلاَ يَسْقُطُ الدِّيَةُ عَنِ ٱلسِّرَايَةِ؛ لأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَضْمُونٍ، وَلَمْ يُعْفَ عَنِ المُسْتَقْبَلِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُسْقِطُ كَالإِذْنِ المُقَارِنِ.

وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَمَّا سَيَجِبُ، فَهُوَ عَفْوٌ قَبْلَ الوُجُوبِ وَبَعْدَ سَبَبِهِ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ، فَعَفْوُهُ وَصِيَّةٌ لِلقَاتِلِ، فَلاَ يَصِحُّ إِنْ لَمْ يُصَحِّحِ الوَصِيَّةَ لِلقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الجَانِي عَبْداً، صَحَّ

العَفْوُ؛ لأَنَّ فائِدَتَهُ لِلسَّيِّدِ لاَ لِلقاتِلِ، وَإِنْ كَانَ مُخْطِئاً، صَحَّ؛ لأَنَّهُ لِلعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَتِ العَاقِلَةُ مُنْكَراً أَوْ مُخَالِفاً في الدِّينِ، فَلاَ؛ لأَنَّهُ عَفْوٌ عَنِ القَاتِلِ (و)، وَلَوْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ عَلَىٰ مَالٍ، ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ، لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ؛ عَلَى أَضْعَفِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ الحَزَّ لَهُ حُكْمُ السِّرَايَةِ في ٱتِّحَادِ الدِّيَةِ، وَلَوْ سَرَى القَطْعُ، لَمَا وَجَبَ.

(الثَّالِثَةُ): عَفْوُ الوَارِثِ صَحِيحٌ، وَإِنِ ٱسْتَحَقَّ الطَّرَفَ وَالنَّفْسَ، فَعَفْوُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لاَ يُسْقِطُ (و) الآخَر، وَلَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ، فَمَاتَ، فَالوَلِيُّ يَسْتَحِقُّ قَطْعَ طَرَفِهِ، وَحَزَّ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ، فَفِي سُقُوطِ حَزِّ الرَّقَبَةِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعَةُ): العَفْوُ بَعْدَ المُبَاشَرَةِ سَبَبُ ٱلاسْتِيفَاءِ؛ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ، ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ، فَإِنِ ٱنْدَمَلَ، صَحَّ العَفْوُ، وَلَمْ يَضْمَنِ الطَّرَفَ، وَإِنْ سَرَىٰ، بَانَ أَنَّ العَفْوَ بَاطِلٌ، وَكَذَا إِذَا عَفَا بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الإِصَابَةِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا عَفَا المُوَكِّلُ، فَحَزَّ الوَكِيلُ الرَّقَبَةَ غَافِلاً، فَلاَ قِصَاصَ(و)، وَفِي الدِّيَةِ وَالكَفَّارَةِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ؛ تَجِبُ الكَفَّارَةُ في الثَّالِثِ دُونَ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا، فَعَلَى الوَكِيلِ أَوْ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَمَنِ التَزَمَهُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى العَافِي رُجُوعَ المَغْرُورِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالظَّاهِرُ؛ أَنَّ لِلعَافِي الرُّجُوعَ إِلَىٰ دِيَةِ قَتِيلِهِ.

وَقِيلَ: إِنْ أَهْدَرْنَا دَمَ المَعْفُوِّ عَنْهُ، وَكَانَ العَفْوُ لَمْ يُفِدْ، فَلاَ دِيَةَ.

كِتَابُ الدِّيَاتِ[(١)]

(وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الأَوَّلُ: فِي الوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي النَّفْسِ)

وَدِيَةُ النَّفْسِ الْكَامِلَةُ عِنْدَ الْخَطَإِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مُخَمَّسَةً، عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ٱبْنَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، ثُمَّ تَعْتَرِيهِ أَرْبَعُ مُغَلِّظَاتٍ، وَهِيَ الْوُقُوعُ فِي حَرَمِ مَكَّةَ، أَمَّا حَرَمُ المَدِينَةِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، أَوِ الْوُقُوعُ فِي الأَشْهُرِ الحُرُمِ، وَهِيَ ذُو القِعْدَةِ وَذُو الحِجَّةِ وَالمُحَرَّمُ وَرَجَبٌ، وَمُصَادَفَتُهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرِمٍ، أَوْ كَوْنُهُ عَمْداً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَلَوْ رَمَىٰ مِنَ الحَرَمِ إِلَى الحِلِّ، أَوْ مِنَ الحِلِّ إِلى الحَرَمِ، تُغَلَّظُ، وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِماً فِي دَارِ الحَرْبِ عَلَىٰ زِيِّ الكُفَّارِ، وَلَمْ يَعْلَمْ إِسْلاَمَهُ، فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلَكِنْ دِيَةُ العَمْدِ، أَوْ دِيَةُ شِبْهِ العَمْدِ، أَوْ دِيَةُ الخَطأِ المَحْضِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

وَكَذَا إِذَا رَمَىٰ إِلَىٰ مُرْتَدٍّ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ، وَيَجْرِي هَذَا الخِلاَفُ فِي كُلِّ قَتْلِ عَمْدٍ مَحْضٍ،

---

(١) الدِيَةُ: مصدر وَدَىٰ القاتل المَقْتُولَ إذا أعطى وَلِيَّهُ المال الذي هو بَدَلُ النفس ثم قيل لذلك المال: الدِّية تسمية بالمصدر. ولذا جُمِعَتْ، وهي مثل «عِدَة» في حذف الفاء قيل والتاء في آخرها عوض عن الواو في أولها.

ينظر المغرب ٢/ ٣٤٧ الصحاح ٦/ ٢٥٢١ ولسان العرب ١٥/ ٣٨٣ والقاموس المحيط ٤/ ٤٠١ وما بعدها والمصباح المنير ٢/ ١٠١٣.

عرفها بعض الشافعية: بأنها المَالُ الواجب بالجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها.

وعرفها بعض الأَحْنَافِ: بأنها اسم لِضَمَانٍ يجب بمقابلة الآدمي، أو طرف منه.

وقيل: الدِّيَةُ اسْمٌ للمال الذي هو بَدَلُ النفس، والأَرْشُ اسم للواجب فيما دون النفس.

وعرفها الإمام ابن عرفة من المالكية فقال: الدية مال يجب بقتل آدمي حُرٍّ عن دمه، أو بجرحه، مقدر شرعاً لا باجتهاد.

ينظر: درر الحكام ١٠/ ٢٧٠، ومغني المحتاج ٤/ ٥٣، والمغنى ٨/ ٣٦٧، والكافي ٢/ ١١٠٨، والإشراف ٢/ ٢٠٠، تكملة فتح القدير ١٠/ ٢٧٠.

والأصل في وجوب الدية الكتاب والسُّنة والاجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾** وأما السُّنة: فما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ أن النبي كتب لعمرو بن حزم كتاباً فيه الفرائض والسُّنن والديات، وقال فيه: «وفي النفس المُؤمنة مائة من الإبل» رواه النسائي في «سننه»، ومالك في «موطئه» قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السِّيَر، معروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه المتواتر بمجيئه في أحاديث كثيرة وقد أجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

صَدَرَ عَنْ ظَنٍ في حَالِ القَتِيلِ، وَالدِّيَةُ يَتَغَلَّظُ في العَمْدِ مِنْ ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ: التَّخْصِيصُ بِالجَانِي، وَالتَّعْجِيلُ والتَّثْلِيثُ (ح م)، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ثَلاَثُونَ حِقَّةً، وَثَلاَثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً في بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا، وَفِي الخَطَإِ تَتَخَفَفُ مِنْ ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ؛ إِذْ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةً إِلَىٰ ثَلاَثِ سِنِينَ مُخَمَّسَةً، وَفِي شِبْهِ العَمْدِ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ (و) مُؤَجَّلَةً مُثَلَّثَةً، وَلاَ يُؤْخَذُ مَعِيبٌ، وَالخَلِفَةُ تُعْرَفُ بِقَوْلِ أَهْلِ البَصِيرَةِ، فَإِنْ أَخْطَئُوا، ٱسْتَدْرَكُوا، وَأَمَّا الصِّنْفُ، فَيُرَاعَىٰ إِبِلُ البَلَدِ، أَوْ أَقْرَبِ البُلْدَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ إِبِلُ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ يُخَالِفُ إِبِلَ أَهْلِ البَلَدِ، فَفِي تَعْيِينِهَا وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ، فَإِنْ كَانَتْ مَعِيبَةً، فَهِيَ كَالمَعْدُومَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ في القُطْرِ، رَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ الإِبِلِ، وَفِي القَدِيمِ يُرْجَعُ إِلَىٰ أَلْفِ دِينَارٍ، أَوْ ٱثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَإِذَا تَكَرَّرَ أَسْبَابُ التَّغْلِيظِ، لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّغْلِيظُ.

وأَمَّا المُنَقِّصَاتُ لِلدِّيَةِ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ فَأَرْبَعَةٌ:

الأَوَّلُ: الأُنُوثَةُ؛ فَإِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى الشَّطْرِ، وَٱلاجْتِنَانُ؛ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى غُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَالرِّقُّ؛ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى القِيمَةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَىٰ دِيَةِ الحُرِّ، وَالكُفْرُ؛ فَإِنَّ دِيَةَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ المُسْلِمِ، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَالمُعَاهَدُ كَالذِّمِّيِّ، وَأَمَّا عَبَدَةُ الأَوْثَانِ وَالزَّنَادِقَةُ وَالمُرْتَدُّونَ، فَلاَ عِصْمَةَ لَهُمْ، فَلَوْ دَخَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَمَانٍ، كَفَفْنَا عَنْ قَتْلِهِ، فَإِنْ قُتِلَ، وَجَبَ أَخَسُّ الدِّيَاتِ في الوَثَنِيِّ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ في المُرْتَدِّ، وَفِي الزِّنْدِيقِ تَرَدُّدٌ (و)، وأَماَّ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغْهُمْ دَعْوَتُنَا، فَقَدْ قِيلَ: يُقْتَلُ المُسْلِمُ بِقَتْلِهِ.

وَقِيلَ: لاَ قِصَاصَ ويجِبُ دِيَةُ المُسْلِمِ، وقيل: يَجِبُ دِيَةُ ذَلِكَ الدِّينِ.

وَأَمَّا المُسْلِمُ في دَارِ الحَرْبِ، إِذَا لَمْ يُهَاجِرْ، فَهُوَ كَالمُسْلِمِ المُهَاجِرِ في العِصْمَةِ، وَالصَّابِئُونَ مِنَ النَّصَارَىٰ، وَالسَّامِرَةُ مِنَ اليَهُودِ، فَإِنْ كَانُوا مُعَطِّلَةً في دِينِهِمْ، فَلا دِيَةَ لَهُمْ.

(ٱلْبَابُ الثَّانِي: فِيمَا دُونَ النَّفْسِ)

وَهَذِهِ الجِنَايَةُ: إِمَّا جُرْحٌ، أَوْ إِبَانَةٌ، أَوْ إِبْطَالُ مَنْفَعَةٍ:

(النَّوْعُ الأَوَّلُ: الجُرْحُ)، وَفِي جَمِيعِهِ الحُكُومَةُ إِلاَّ في المُوضِحَةِ، فَفِيهَا خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ، فَإِنْ صَارَتْ هَاشِمَةً، فَعَشْرٌ (م و)، وَإِنْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً، فَخَمْسَ عَشْرَةَ، وَإِنْ صَارَتْ مَأْمُومَةً، فَثُلُثُ الدِّيَةِ، وَكَذَا الثُّلُثُ في كُلِّ جَائِفَةٍ، وَالجَوْفُ مَا فِيهِ قُوَّةٌ مُحِيلَةٌ؛ كَالبَطْنِ وَالدِّمَاغِ والمَثَانَةِ وَدَاخِلِ الشَّرجِ[1]، وَأَمَّا بَاطِنُ الإِحْلِيلِ وَالفَمِ، وَدَاخِلُ الأَجْفَانِ، فَفِيهَا وَجْهَانِ، وَهَذِهِ المُقَدَّرَاتُ تَخْتَصُّ بِعَظْمِ الرَّأْسِ وَالوَجْهِ، سِوَى الجَائِفَةِ؛ فَإِنَّهَا تَتقَدَّرُ عَلَىٰ سَائِرِ البَدَنِ، وَأَمَّا المُنَقِّلَةُ وَالهَاشِمَةُ في سَائِرِ البَدَنِ، فَفِيهَا الحُكُومَةُ، وَنَعْنِي بِخَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ في المُوضِحَةِ نِصْفَ عُشْرِ الدِّيَةِ، فَيَجِبُ بِمِثْلِ نِسْبَتِهِ في الذِّمِّيِّ

(١) الشرج: بفتحتين عرى العيبة والجمع (أشراج) مثل سبب وأسباب (والشَّرْجُ) مثل فلس ما بين الدبر والانثيين.

ينظر المصباح المنير ص (٣٠٨)

وَالمَرْأَةِ، وَمَهمَا ٱتَّحَدتِ المُوضِحَةُ، فَأَرْشٌ وَاحِدٌ، وَلَوِ ٱسْتَوعَبَ الرَّأْسَ، وَتَعَدُّدُهَا إِمَّا بِٱخْتِلاَفِ الصُّورَةِ، أَوِ المَحَلِّ، أَوِ الحُكْمِ، أَوِ الفَاعِلِ.

(أَمَّا الصُّورَةُ): فَمُوضِحَتَانِ في مَوْضِعَيْنِ، فِيهِمَا أَرْشَانِ، فَإِنْ رَفَعَ الجَانِي الحَاجِزَ، تَدَاخَلَ الكُلُّ إِلَىٰ وَاحِدٍ، وَإِنْ رَفَعَ غَيْرُهُ، لَمْ يَتَدَاخَلْ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ المُوضِحَتَيْنِ حَاجِزٌ سِوَى الجِلْدِ أَوِ اللَّحْمِ، ٱتَّحَدَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَتَعَدَّدَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيَتَّحِدُ بِبَقَاءِ اللَّحْمِ دُونَ الجِلْدِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(وَتَعَدُّدُ المَحَلِّ)؛ بِأَنْ يُخْرِجَ المُوضِحَةَ الوَاحِدَةَ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى الجَبْهَةِ، وَفِي تَعَدُّدِ الأَرْشِ وَجْهَانِ.

(وَتَعَدُّدُ الفَاعِلِ)؛ بِأَنْ يُوَسِّعَ إِنْسَانٌ مُوضِحَةَ غَيْرِهِ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرْشٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ المُوَسِّعَ، لَمْ يَزِدْ إِلَى الأَرْشِ (و).

(وَتَعَدُّدُ الحُكْمِ)؛ بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ المُوضَحَةِ عَمْداً وَبَعْضُهَا خَطَأً، أَوْ بَعْضُهَا قِصَاصاً، وَبَعْضُهَا عُدْوَاناً، وَفِي نُزُولِهِ مَنْزِلَةَ تَعَدُّدِ الصُّورَةِ وَجْهَانِ.

(وَأَمَّا المُتَلاَحِمَةُ)، فَوَاجِبُهَا حُكُومَةٌ.

وَقِيلَ: يَتَقَدَّرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُوضِحَةِ، وَتَعَدُّدُ الجَائِفَةِ وَٱتِّحَادُهَا بِٱرْتِفَاعِ الحَاجِزِ؛ كَتَعَدُّدِ المُوضِحَةِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ بِمِشْقَصٍ في بَطْنِهِ، فَجَائِفَتَانِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشَانِ، وَإِنْ نَفَذَ سِنَّانٍ؛ وَاحِدٌ مِنَ البَطْنِ إِلَى الظَّهْرِ، فَهُوَ أَيْضاً جَائِفَتَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَٱلْتِحَامُ المُوضِحَةِ وَالجَائِفَةِ لاَ يُوجِبُ سُقُوطَ الأَرْشِ؛ بِخِلاَفِ عَوْدِ السِّنِّ.

(فَإِنْ قِيلَ:) مَا مَعْنَى الحُكُومَةِ؟

(قُلْنَا): أَنْ يُقَدَّرَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَبْداً، فَيُقَالَ: قِيمَتُهُ دُونَ الجِنَايَةِ عَشَرَةٌ، وَمَعَ الجِنَايَةِ تِسْعَةٌ، فَالتَّفَاوُتُ عُشْرٌ، فَيَجِبُ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الدِّيَةِ؛ بِشَرْطِ أَلاَّ يَزِيدَ عَلَىٰ مِقْدَارِ الطَّرَفِ المَجْرُوحِ، فَلاَ يُزَادُ حُكُومَةُ جِرَاحَةِ الأُصْبُعِ عَلَىٰ دِيَةِ الأُصْبُعِ، وَلاَ حُكُومَةُ الكَفِّ وَالسَّاعِدِ وَعَظْمِ العَضُدِ عَلَىٰ دِيَةِ الأَصَابِعِ الخَمْسِ، وَلاَ بَأْسَ بِزِيَادَةِ حُكُومَةِ كَفٍّ عَلَىٰ دِيَةِ أُصْبُعٍ وَاحِدٍ، وَالْيَدُ الشَّلاَّءُ يُزَادُ حُكُومَتُهَا عَلَىٰ أُصْبُعٍ، وَيُنْقَصُ عَنِ اليَدِ الصَّحِيحَةِ، وَهَذِهِ الحُكُومَةُ يُقَدَّرُ بَعْدَ ٱنْدِمَالِ الجُرْحِ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ وَنُقْصَانٌ، لَمْ يَجِبْ إِلاَّ التَّعْزِيرُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ الجِرَاحَةُ دَامِيَةً؛ حَتَّىٰ يَظْهَرَ تَفَاوُتُهُ، وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعاً زَائِدَةً، أَوْ سِنّاً شَاغِيَةً[1]، أَوْ أَفْسَدَ المَنْبِتَ مِنْ لِحْيَةِ ٱمْرَأَةٍ، وَزَادَتِ القِيمَةُ، فَالقِيَاسُ التَّعْزِيرُ فَقَطْ وَقِيلَ: يُقَدَّرُ ذَلِكَ لِحْيَةَ عَبْدٍ، وَيَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتٌ، وَلَوْ بَقِيَ حَوَالِي جُرْحٍ شَيْنٌ، وَكَانَ أَرْشُ الجُرْحِ مُقَدَّراً، فَالشَّيْنُ تَابِعٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقَدَّراً، فَفِي ٱتِّبَاعِهِ وَجْهَانِ يُضَاهِي التَّرَدُّدَ؛ في أَنَّ الكَفَّ هَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ أُصْبُعِ الأَشَلِّ؛ لأَنَّهُ إِدْرَاجُ حُكُومَةٍ تَحْتَ حُكُومَةٍ.

---

(١) شاغية: يقال: شغيت السن شغياً من باب تعب، زادت على الأسنان وخالف منبتها منبت غيرها. ينظر المصباح المنير ص (٣١٦)

(النَّوْعُ الثَّانِي: القَطْعُ المُبِينُ لِلأَعْضَاءِ)، وَالمُقَدَّرُ مِنَ الأَعْضَاءِ سِتَّةَ عَشَرَ عُضْواً.

(الأَوَّلُ: الأُذُنَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الأَصَمِّ، فَفِيهِ مَنْفَعَةُ جَمِيعِ الصَّوْتِ وَمَنْعِ دَبِيبِ الهَوَامِّ، وَالدِّيَةُ في مُقَابَلَةِ أَيِّ المَنْفَعَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الأُذُنَ لَيْسَ فِيهِ أَصْلاً إِلاَّ الحُكُومَةُ.

(الثَّانِي: العَيْنَانِ)، وَفِي إِحْدَاهُمَا، إِذَا فُقِئَتِ النِّصْفُ، وَفِي عَيْنِ الأَعْوَرِ النِّصْفُ (م)، وَفِي عَيْنَي الأَخْفَشِ كَمَالُ الدِّيَةِ.

(الثَّالِثُ: الأَجْفَانُ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ، (م) وَفِي بَعْضِ الوَاحِدِ يُقَدَّرُ نِسْبَتُهُ مِنَ الرُّبُعِ، وَلَيْسَ في إِفْسَادِ مَنَابِتِ الأَهْدَابِ وَسَائِرِ الشُّعُورِ إِلاَّ الحُكُومَةُ؛ خِلَافاً لأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ الله عَنْهُ، وَفِي انْدراجِ حُكومَةِ الأَهْدَابِ تَحْتَ دِيَةِ الأَجْفَانِ وَجْهان.

(الرَّابِعُ: الأَنفُ) وَفِي قَطْعِ جَمِيعِ مَا لاَنَ مِنَ المَارِنِ كَمَالُ الدِّيةِ، وَفِي بَعْضِهِ البَعْضُ بالنِّسْبَةِ، وَهُوَ مَعَ الحَاجِزِ بَيْنَ المَنْخِرَيْنِ ثَلَاثُ طَبَقَاتٍ، فَفِي كُلِّ طَبَقَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: الحَاجِزُ فِيهِ حُكُومَةٌ، وَفِي ظَاهِرِ كُلِّ وَاحِدٍ مَنَ المِنْخَرَيْنِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

(الخَامِسُ: الشَّفَتَانِ)، وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ (م)، وَحَدُّهُ في عُرْضِ الوَجْهِ إِلى الشِّدْقَيْنِ، وَفِي طُولِهِ إِلَى مَحَلِّ ٱلارْتِفَاقِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِلَى مَا يَسْتُرُ عَمُودَ الأَسْنَانِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِلَىٰ مَا يَنْتُو عِنْدَ ٱلانْطِبَاقِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَهُوَ الأَقَلُّ.

وَقِيلَ: إِذَا قَطَعَ مِنَ الأَعْلَىٰ مَا لا يَنْطَبِقُ عَلَى الأَسْفَلِ، فَقَدِ ٱسْتَوْفَى الكُلَّ.

(السَّادِسُ: في لِسَانِ النَاطِقِ كَمَالُ (ح) الدِّيَةِ)، وَفِي الأَخْرَسِ الحُكُومَةُ، وَفِي الصَّبِيِّ كَمَالُ الدِّيَةِ إِلاَّ إِذَا قَطَعَ عَقِيبَ الوِلاَدَةِ، وَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ القُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالبُكَاءِ، فَإِنَّ السَّلاَمَةَ لَمْ تُسْتَيْقَنْ[1].

(السَّابِعُ: الأَسْنَانُ)، وَفِي كُلِّ سِنٍّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٍ مَثْغُورَةٍ غَيْرِ مُتَقَلْقِلَةٍ بِالهَرَمِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْ غَيْرِ تَفَاضُلٍ، وَفِي الشَّاغِيَةِ حُكُومَةٌ، وَفِي سِنٍّ مِنَ الذَّهَبِ تَشَبَّثَ بِهَا اللَّحْمُ، وَٱسْتَعَدَّتْ لِلْمَضْغِ حُكُومَةٌ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي قَطْعِ نِصْفِ السِّنِّ نِصْفُ الأَرْشِ، وَفِي إِدْخَالِ السِّنْخِ في حِسَابِ السِّنَّةِ وَجْهَانِ، وَبَقِيَّةُ الذَّكَرِ مِنَ الحَشَفَةِ، وَحَلَمَةُ الثَّدْيَيْنِ مِنَ الجُمْلَةِ، وَقَصَبَةُ الأَنْفِ مِنَ المَارِنِ؛ كَالسِّنِّ مِنَ السِّنْخِ؛ في أَنَّ حُكُومَتَهَا، هَلْ تَنْدَرِجُ عِنْدَ ٱلاسْتِئْصَالِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَجِبُ بِجَمِيعِهَا حُكُومَةٌ، إِذَا ٱسْتُؤْصِلَتْ مَعَ دِيَةٍ، وَسِنُّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ؛ كَشَعَرِهِ؛ فَلَيْسَ فِيهِ أَرْشٌ، وَلاَ قِصَاصٌ، إِلاَ إِذَا بَانَ بِالآخِرَةِ فَسَادُ المَنْبِتِ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّبَيُّنِ، فَفِي الأَرْشِ وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ، وَالمَثْغُورُ إِذَا

---

(١) قال الرافعي: «إلاَّ إذا قطع عقيب الولادة، ولم يظهر أثر القدرة بالتحريك والبكاء، فإن السلامة لم تستيقن» هذا وجه، والذي يوجد لعامة الأصحاب وجوب الدية؛ لأن الظاهر السلامة. [ت]

عَادَ نَادِراً، فَفِي ٱسْتِرْدَادِ الأَرْشِ قَوْلاَنِ، وَالمُوضِحَةُ فَإِذَا ٱلْتَحَمَتْ بِلَحْمٍ جَدِيدٍ لاَ يُسْتَرَدُّ أَرْشُهَا؛ لأَنَّهُ جَدِيدٌ وَالبَطْشُ وَالبَصَرُ إِذَا عَادَا يُسْتَرَدُّ؛ لأَنَّهُ الأَوَّلُ، وَقَدْ عَادَ، وَالسِّنُّ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَسِنُّ الشَّيْخِ الهَرِمِ، إِذَا تَقَلْقَلَتْ فَفِيهَا الأَرْشُ، إِذَا كَانَ الظَّاهِرُ ثَبَاتَهَا، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سُقُوطَهَا، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ قَلَعَ جَمِيعَ الأَسْنَانِ، فَكَانَتِ ٱثْنَيْنِ وَثَلاَثِينَ، لَم يَجِبْ إِلاَّ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ فِي قَوْلٍ كَيْلا يَزِيدَ عَلَى الدِّيَةِ.

وَفِي قَوْلٍ: مِائَةٌ وَسِتُّونَ لِكُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِالمِائَةِ، فَذلِكَ عِنْدَ ٱتِّحَادِ الجَانِي وَٱلْجِنَايَةِ، فَلَوِ ٱقْتَلَعَهَا مُتَفَرِّقاً، مَعَ تَخَلُّلِ ٱلانْدِمَالِ، فَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ أَنْ يَسْقُطَ الْكُلُّ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ.

(الثَّامِنُ) اللَّحْيَانِ، وَفِيهِمَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا الأَسْنَانُ، لَمْ يَنْدَرِجْ دِيَةُ الأَسْنَانِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(التَّاسِعُ: اليَدَانِ)، وَفِيهِمَا مَعَ الكَفِّ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُكْمِلُ الدِّيَةَ بِلَقْطِ الأَصَابِعِ، فَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ السَّاعِدِ، أَوِ المِرْفَقِ، أَوِ العَضُدِ، فَيَجِبُ حُكُومَةُ السَّاعِدِ، وَالعَضُدِ، وَلاَ يَنْدَرِجُ؛ بِخِلاَفِ الكَفِّ، وَفِي كُلِّ أُنْمُلَةٍ ثُلُثُ العُشْرِ إِلاَّ فِي الإِبْهَامِ؛ فَهِيَ أُنْمُلَتَانِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الأَرْشِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى العَظْمِ كَفَّانِ بَاطِشَانِ، فَفِي الزَّائِدَةِ حُكُومَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَرِفَةً عَنِ السَّاعِدِ، أَوْ نَاقِصَةً بِأُصْبُعٍ، أَوْ ضَعِيفَةَ البَطْشِ، فَهِيَ الزَّائِدَةُ، فَإِنْ كَانَتِ المُنْحَرِفَةُ أَقْوَىٰ بَطْشاً، فَهِيَ الأَصْلِيَّةُ، وَالَّتِي عَلَيْهَا أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ تُجْعَلُ زَائِدَةً؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا، فَفِي كِلْتَيْهِمَا دِيَةٌ وَحُكُومَةٌ، وَلاَ قِصَاصَ فِي إِحْدَاهُمَا، وَفِيهَا نِصْفُ دِيَةِ اليَدِ، وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ؛ لأَنَّهُ نِصْفٌ فِي صُورَةِ الْكُلِّ، وَلَوْ قُطِعَتِ اليَدُ البَاطِشَةُ، فَٱشْتَدَّتِ اليَدُ الأُخْرَىٰ بِالقَطْعِ، وَبَطَشَتْ، فَفِي ٱسْتِرْدَادِ الأَرْشِ وَجْهَانِ.

(العَاشِرُ: التَّرْقُوَةُ وَالضِّلَعُ)، فَفِي كَسْرِ كُلِّ ضِلَعٍ حَمَلٌ تَقْلِيداً لِعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ [(١) (٢)]، وَحُكُومَةٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ آخَرَ؛ قِيَاساً.

(الحَادِي عَشَرَ): الحَلَمَتَانِ مِنَ المَرْأَةِ، فِيهِمَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَفِي حَلَمَتَيِ الرَّجُلِ قَوْلاَنِ؛ إِذْ لا مَنْفَعَةَ لَهُمَا.

(الثَّانِي عَشَرَ): الذَّكَرُ وَالأُنْثَيَانِ، وَفِيهِمَا دِيَتَانِ، وَفِي ذَكَرِ الخَصِيِّ (ح) والعِنِّينِ دِيَةٌ، وَفِي ذَكَرِ

---

(١) قال الرافعي: «تقليد لعمر ـ رضي الله عنه ـ» روى الشّافعي عن مالك عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جُندُب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب قضى في الترقوة بجمل، وفي الضّلع بجمل. [ت]
أخرجه الشافعي (٢/ ١١١) كتاب الديات، حديث (٣٧٤). من طريق مالك وهو في موطنه (٢/ ٨٦١) كتاب العقول، باب جامع عقل الإنسان حديث (٧)، عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر بن الخطاب به.

(٢) قال الرافعي: «وفي كسر كل ضلع جمل تقليداً لعمر ـ رضي الله عنه ـ إلى آخره» سياق يقتضي ترجيح وجوب الجمل، والظاهر خلافه. [ت]

الأَشَلِّ حُكُومَةٌ، وتُكمَلُ بِقَطعِ الحَشفَةِ، وَلاَ يَزِيدُ بِالاستِئصَالِ، وَفِيهِ وَجهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَزِيدُ حُكُومَةً.

(الثَّالِثَ عَشَرَ: الأَليَتَانِ)، وَفِي قَطعِ مَا أَشرَفَ مِنهُمَا عَلى البَدَنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِن لَم يَقرَعِ العَظمَ.

(الرَّابِعَ عَشَرَ: الشُّفرَانِ)، وَفِيمَا أَشرَفَ مِنهُمَا على المَنفَذِ دِيَةُ المَرأَةِ، وَهُوَ القَدرُ النَّاتِىءُ عِندَ الانطِبَاقِ.

(الخَامِسَ عَشَرَ: الرِّجلاَنِ)، وَهُمَا كَاليَدَينِ، وَرِجلُ الأَعرَجِ كَرِجلِ الصَّحِيحِ، وَرِجلُ مَنِ امتَنَعَ مَشيُهُ بِكَسرِ الفَقَارِ، كَالصَّحِيحِ؛ عَلَى الأَظهَرِ، وَفِي التِقَاطِ أَصَابِعِ الرِّجلَينِ كَمَالُ الدِّيَةِ.

(السَّادِسَ عَشَرَ الجِلدُ)، وَفِي سَلخِ جَمِيعِهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ.

(النَّوعُ الثَّالِثُ مِنَ الجِنَايَاتِ: مَا يُفَوِّتُ المَنَافِعَ) وَهِيَ عَشرَةٌ:

(الأُولَى): العَقلُ، فَإِذَا أَزَالَهُ بِالضَّربِ، فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَلَو زَالَ بِقَطعِ يَدَيهِ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لأَنَّ العَقلَ لَيسَ لَهُ مَحَلٌّ مَخصُوصٌ، فَيَندَرِجُ تَحتَ كُلِّ عُضوٍ يُكمِلُ فِيهِ الدِّيَةَ، فَلَو قَطَعَ يَدَيهِ وَرِجلَيهِ، فَزَالَ عَقلُهُ، فَدِيَتَانِ.

وَقِيلَ: لاَ يَندَرِجُ العَقلُ؛ لأَنَّهُ لَيسَ فِي اليَدِ، وَهُوَ القِيَاسُ[1].

وَإِذَا شَكَكنَا فِي زَوَالِ العَقلِ، رَاقَبنَاهُ فِي الخَلَوَاتِ، ثُمَّ لَم نُحَلِّفهُ؛ لأَنَّهُ يَتَجَانَنُ فِي الجَوَابِ.

(الثَّانِيَةُ: السَّمعُ)، وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي إِحدَاهُمَا نِصفُ الدِّيَةِ.

وَقِيلَ: حُكُومَةٌ؛ لأَنَّ مَحَلَّ السَّمعِ وَاحِدٌ.

وَلَو قِيلَ: السَّمعُ بَاقٍ، وَقَد وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ ارتِتَاقٌ، فَتَعَطَّلُ المَنفَعَةِ كَزَوَالِهَا؛ عَلى أَحَدِ الوَجهَينِ.

وَيَجرِي فِيمَا إِذَا ذَهَبَ سَمعُ الصَّبِيِّ، فَتَعَطَّلَ نُطقُهُ، أَو ضُرِبَ صُلبُ إِنسَانٍ، فَتَعَطَّلَ رِجلُهُ، فَفِي تَعَدُّدِ الدِّيَةِ خِلاَفٌ، وَإِذَا شَكَّ فِي السَّمعِ، جُرِّبَ بِصَوتٍ مُنكَرٍ بَغتَةً، وَإِن نَقَصَ السَّمعُ، جُرِّبَ بِالنِّسبَةِ إِلَى مَن هُوَ فِي مِثلِ سِنِّهِ بِقُربِ المَسَافَةِ وَبُعدِهَا، فَإِن كَذَّبَهُ الجَانِي، حُلِّفَ المَجنِيُّ عَلَيهِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو زال بقطع يديه فالنص أنه دية واحدة وإلى قوله: فهو القياس». سبق إلى الفهم منه وضع الخلاف في أن دية العقل هل تندرج تحت أرش الجناية ثم السياق يشعر بأن النص الاندراج وإنما يقابله وجه، وأن الظاهر الأول، لكن فيه قولان مشهوران القديم: أنه إذا زال العقل بجناية لها أرش مقدر وغير مقدر، فيدخل الأقل في الأكثر، فإن كانت دية العقل أكثر بأن زال بالإيضاح دخل في دية العقل أرش الموضحة، وإن كان أرش الجناية أكثر كما إذا زال بقطع اليدين والرجلين دخلت دية العقل في أرش الجناية، والجديد: أنه لا يدخل واحد منهما في الآخر، بل يجب دية العقل وأرش الجناية جميعاً فإذا المذكور يخالف المشهور من وجوه. [ت]

(الثَّالِثَةُ: البَصَرُ)، وَفِي إِبْطَالِهَا مَعَ بَقَاءِ الحَدَقَةِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الأَعْمَشُ وَالأَخْفَشُ، وَمَنْ في حَدَقَتِهِ بَيَاضٌ لاَ يَمْنَعُ أَصْلَ البَصَرِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا النِّصْفُ، وَيُمْتَحَنُ بِتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ مُغَافَصَةً[1].

(الرَّابِعَةُ: الشَّمُّ)، وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُمْتَحَنُ بِالرَّوَائِحِ الكَرِيهَةِ الحَادَّةِ، وَعِنْدَ النُّقْصَانِ يُحَلَّفُ لِعُسْرِ الامْتِحَانِ.

وَقِيلَ: في الشَّمِّ حُكُومَةٌ[2]، لأَنَّهُ ضَعِيفُ النَّفْعِ.

(الخَامِسَةُ: النُّطْقُ)، وَفِي إِبْطَالِهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ بَقِيَ في اللِّسَانِ فَائِدَةُ الذَّوْقِ وَالحُرُوفِ الشَّفَوِيَّةِ وَالحَلْقِيَّةِ[3]، وَفِي بَعْضِ الكَلاَمِ بَعْضُ الدِّيَةِ، وَيُوَزَّعُ عَلَىٰ ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ حَرْفاً، وَيَدْخُلُ الشَّفَوِيَّةُ وَالحَلْقِيَّةُ في التَّوْزِيعِ، وَلَوْ كَانَ لاَ يُحْسِنُ بَعْضَ الحُرُوفِ، فَهَلْ يَنْقُصُ الدِّيَةُ، أَوْ هُوَ كَضَعْفِ القَوِيِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالتَّنْقِيصِ، وَضَعْفُ سَائِرِ المَنَافِعِ الَّتِي لاَ تَتَقَدَّرُ مِثْلُ الحُرُوفِ، وَإِنْ كَانَ بِآفَةٍ، لَمْ تَنْقُصْ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ لِسَانِهِ، فَأَبْطَلَ بَعْضَ كَلاَمِهِ، وَتَسَاوَتْ نِسْبَةُ الجُرْمِ وَالحُرُوفِ، فَذَاكَ، وَإِنْ تَفَاوَتَا، أَخَذْنَا بِأَكْثَرِ الشَّهَادَتَيْنِ، وَلَوْ قَطَعَ رُبُعَ اللِّسَانِ، فَزَالَ نِصْفُ الكَلاَمِ، فَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ اللِّسَانِ، فَزَالَ رُبُعُ الكَلاَمِ، فَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوِ اسْتَأْصَلَ البَاقِي، وَقَدْ بَقِيَ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ الكَلاَمِ، أَوْ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ، فَيَجِبُ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ؛ أَخْذاً بِالأَكْثَرِ.

وَقِيلَ: النَّظَرُ إِلَى الجُرْمِ في حَقِّ البَاقِي، وَلَكِنْ لَوْ بَقِيَ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ، وَفِيهِ نِصْفُ الكَلاَمِ، فَنِصْفُ الدِّيَةِ وَحُكُومَةٌ؛ وَكَأَنَّ رُبُعَ اللِّسَانِ أَشَلُّ.

(السَّادِسَةُ: الصَّوْتُ)، وَفِي إِبْطَالِهِ كُلُّ الدِّيَةِ فَإِنْ بَطَلَ مَعَهُ حَرَكَةُ اللِّسَانِ، فَدِيَتَانِ.

وَقِيلَ: دِيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لأَنَّ الصَّوْتَ يُقْصَدُ لِلنُّطْقِ.

(السَّابِعَةُ: الذَّوْقُ)، وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُجَرَّبُ بِالأَشْيَاءِ المُرَّةِ.

(الثَّامِنَةُ: المَضْغُ)، فَإِذَا صَلُبَ مَغْرَسُ لَحْيَيْهِ، فَعَلَيْهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ سِنِّهِ، فَتَعَذَّرَ

---

(١) غافصت فلاناً إذا فاجأته وأخذته على غرة منه، وأخذت الشيء مغافصة أي: مغالبة. ينظر المصباح المنير ص (٤٤٩).

(٢) قال الرافعي: «وقيل: في الشم حكومة» هو وجه، وقيل قول. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي إبطاله كمال الدية، وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية» إيجاب كمال الدية مع بقاء حروف الشفة والحلق قد تعرض له ها هنا وفي «الوسيط» ولم أجده لسائر الأصحاب، وهو مخالف لما ذكر من بعد أنه يجب في بعض الكلام بعض الدية، وإنما يظهر ذلك إذا لم يدخل الشفوية والحلقية في التوزيع. [ت]

المَضغُ، فكَمَالُ الأَرْشِ، فَإِنِ اسْوَدَّ، وَأَمْكَنَ المَضغُ، فَحُكُومَةٌ لإِزَالَةِ الجَمَالِ.

(التَّاسِعَةُ) قُوَّةُ الإِمْنَاءِ والإِحْبَالِ فِيهَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي قُوَّةِ الإِرْضَاعِ حُكُومَةٌ؛ لأَنَّهَا عَارِضَةٌ، وَإِبطَالُ الالتِذَاذِ بِالجِمَاعِ أَوْ بِالطَّعَامِ، إِنْ أَمْكَنَ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَكَذَا لَوِ ارْتَتَقَ مَنْفَذُ الطَّعَامِ بِجِنَايَةٍ عَلَىٰ عُنُقِهِ، وَبَقِيَ مَعَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، فَحزَّ غَيْرُهُ رَقَبَتَهُ، فَكَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي الإِفْضَاءِ كَمَالُ الدِّيَةِ عَلَى الزَّوجِ (ح) وَالزَّانِي جَمِيعاً، وَهُوَ أَنْ يَتَّحِدَ (و) مَسْلَكُ الجِمَاعِ وَالغَائِطِ، وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ المَهْرُ، وَلاَ يَنْدَرِجُ أَرْشُ البَكَارَةِ تَحتَ المَهرِ، وَلَوْ أَزَالَ الزَّوْجُ بَكَارَةَ زَوْجَتِهِ بِأُصْبُعٍ، فَفِي أَرْشِ البَكَارَةِ خِلاَفٌ.

وَمَهْمَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ لاَ تَحْتَمِلُ الوَطْءَ إِلاَّ بِالإِفْضَاءِ، فَالوَطْءُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، فَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ ضِيقَ المَنْفَذِ، فَهُوَ كَالرَّتَقِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ الآلَةِ، فَهُوَ كَالجَبِّ فِي إِثْبَاتِ الخِيَارِ[1].

(العَاشِرَةُ) فِي مَنْفَعَةِ المَشْيِ والبَطْشِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ، فَبَطَلَ مَشْيُهُ، وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي تَكْمِيلِ الدِّيَةِ فِي الرِّجْلِ المُعَطَّلَةِ بِخَلَلٍ فِي غَيْرِ الرِّجْلِ خِلاَفٌ سَبَقَ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ، فَبَطَلَ مَشْيُهُ وَمَنِيُّهُ، فَفِي الانْدِرَاجِ خِلاَفٌ، إِذِ الصُّلْبُ كَأَنَّهُ مَحَلٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، هَذَا حُكْمُ الأَطْرَافِ، فَيُتَصَوَّرُ أَنْ يَجِبَ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ دِيَةً جَمْعاً، فَلَوْ مَاتَ بِالسِّرَايَةِ، تَدَاخَلَ، فَلَوْ حَزَّ الجَانِي رَقَبَته، تَدَاخَلَ أَيْضاً، وَعَلَى القَوْلِ المُخَرَّجِ لاَ يَتَدَاخَلُ.

وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطَأً، وَالحَزُّ عَمْداً، أَوْ بِالعَكْسِ، فَفِي التَّدَاخُلِ قَوْلاَنِ[2]؛ لأَنَّ تَغَايُرَ الحُكْمِ يُضَاهِي تَغَايُرَ الجَانِي؛ وَعَلَى التَّدَاخُلِ، لَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً، وَقَتَلَ عَمْداً، فَالوَاجِبُ دِيَةٌ؛ نِصْفُهَا مُغَلَّظَةٌ عَلَى الجَانِي، وَنِصْفُهَا مُخَفَّفَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ الكُلُّ مُغَلَّظَةً؛ إِذِ الحَزُّ أَبْطَلَ مَا سَبَقَ، وَجِرَاحُ العَبْدِ مِنْ قِيمَتِهِ كَجِرَاحِ الحُرِّ مِنْ دِيَتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ؛ أَنَّ الوَاجِبَ بِقَدْرِ النُّقْصَانِ، فَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَ العَبْدِ، وَجَبَ كَمَالُ قِيمَتِهِ؛ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، إِذَا لَمْ يُنْقِصِ القِيمَةُ؛ كَالبَهِيمَةِ.

(القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الكِتَابِ: فِي المُوجِبِ، وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ:)

(الطَّرَفُ الأَوَّلُ: السَّبَبُ)، وَهُوَ كُلُّ مَا يَحْصُلُ الهَلاَكُ عِنْدَهُ بِعِلَّةٍ سِوَاهُ، وَلَكِنْ لَوْلاَهُ لَمَا أَثَّرَتِ العِلَّةُ؛ كَالحَفْرِ مَعَ التَّرْدِيَةِ، فَأَمَّا مَا يَحْصُلُ الهَلاَكُ لَوْلاَهُ؛ كَمَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ صَعْقَةٍ خَفِيفَةٍ، فَهَذَا لاَ يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ صَاحَ عَلَىٰ صَغِيرٍ، فَارْتَعَدَ، وَسَقَطَ مِنْ سَطْحٍ، ضَمِنَ، وَفِي القِصَاصِ قَوْلاَنِ،

---

(١) قال الرافعي: «فإن كان سببه ضيق المنفذ فهو كالرتق، وإن كان كبير الآلة فهو كالجبّ في إثبات الخيار» هذا وجه، والمشهور من كلام الأصحاب أنه لا فسخ بمثل ذلك بخلاف الرتق المانع من الوطء على الإطلاق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو كان القطع خطأ، والحز عمداً أو بالعكس، ففي التداخل قولان» قيل: هما وجهان. [ت]

وَلَوْ كَانَ بَالِغاً، فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ يُفَرَّقُ في الثَّالِث بَيْنَ أَنْ يُغَافِصَهُ مِنْ وَرَائِهِ، أَوْ مِنْ وَجْهِهِ، وَلَوْ صَاحَ عَلَىٰ صَبِيٍّ عَلَى الأَرْضِ، فَمَاتَ، أَوْ عَلَى بَالِغٍ، فَزَالَ عَقْلُهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ خَوَّفَ حَامِلاً، فَأَجْهَضَتْ[(١)] جَنِيناً، وَجَبَتِ الغُرَّةُ؛ لأَنَّهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ أَنَّ مَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ سَبَباً، وَلَكِنِ ٱحْتُمِلَ حُصُولُ الهَلاَكِ بِغَيْرِهِ، فَهُوَ كَشِبْهِ العَمْدِ، إِذَا قَصَدَ، وَمَا يُشَكُّ في كَوْنِهِ سَبَباً، ٱحْتُمِلَ أَنْ يُقَالَ: الأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، أَوِ الأَصْلُ الحِوَالَةُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في ٱجْتِمَاعِ العِلَّةِ وَالشَّرْطِ)، فَإِنْ كَانَ العِلَّةُ عُدْوَاناً؛ كَالتَّرْدِيَةِ وَالحَفْرِ، سَقَطَ أَثَرُ الحَفْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ؛ كَالتَّرَدِّي مَعَ الحَفْرِ؛ نُظِرَ إِلَى الحَفْرِ، فَإِنْ كَانَ عُدْوَاناً، ضَمِنَ، وَإِلاَّ فَلاَ، وَلَوْ وَضَعَ صَبِيّاً في مَسْبَعَةٍ، فَٱفْتَرَسَهُ سَبُعٌ، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ[(٢)]، وَلو ٱتَّبَعَ إِنْسَاناً بِسَيْفِهِ، فَوَلَّى هَارِباً، وَأَلْقَىٰ نَفْسَهُ فِي نَارٍ أَوْ مَاءٍ أَوْ بِئْرٍ أَوْ ٱفْتَرَسَهُ سَبُعٌ فِي مَسْبَعٍ، أَو ٱنْخَسَفَ بِهِ سَقْفٌ أَلْقى نَفْسَهُ عَلَيْهِ، فَهُوَ قَاتِلُ نَفْسِهِ إِلاَّ إِذَا كَانَتِ البِئْرُ مُغَطَّاةً، فَالضَّمَانُ عَلَى المُتَّبِعِ، وَلَوْ سَلَّمَ صَبِيّاً إِلَىٰ سَبَّاحٍ، فَغَرِقَ بِتَقْصِيرِهِ، ضَمِنَ (و)، وَإِنْ كَانَ بَالِغاً، لَمْ يَضْمَنْ، وَحَفْرُ البِئْرِ لاَ يَكُونُ عُدْوَاناً في مِلْكِهِ، وَفِي المَوَاتِ إِلاَّ إِذَا حَفَرَ بِئْراً في دِهْلِيزِ نَفْسِهِ، وَدَعَا إِلَيْهِ غَيْرَهُ، فَفِي الضَّمَانِ قَوْلاَنِ؛ لِتَعَارُضِ المُبَاشَرَةِ والغُرُورِ، أَمَّا فِي الشَّارِعِ بِحَيْثُ يَضُرُّ بِالمُجْتَازِين، فَعُدْوَانٌ، وَإِنْ كَانَ لِمَصْلَحَةِ الطَّرِيقِ، وَبِإِذْنِ الوَالِي، فَلاَ ضَمَانَ، وَإِنِ ٱسْتَقَلَّ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَكِنْ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ[(٣)]، وَإِنْ حَفَرَ لِغَرَضِ نَفْسِهِ، وَلَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ، فَهُوَ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ[(٤)]، وَكَذَا إِشْرَاعُ الأَجْنِحَةِ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلاَمَةِ (و)؛ بِخَلاَفِ مَا لَوْ حَفَرَ فِي مِلْكِهِ، فَسَقَطَ جِدَارُ دَارِهِ؛ فَلاَ ضَمَانَ؛ لأَنَّ في ذَلِكَ حَرَجاً عَلَى المُلاَّكِ، إِلاَّ أَنْ يُقَصِّرَ بِمُخَالَفَةِ العَادَةِ في سَعَةِ البِئْرِ، فَيَضْمَنُ، وَلَوْ أَوْقَدَ نَاراً عَلَى السَّطْحِ في يَوْمِ رِيحٍ عَاصِفٍ، ضَمِنَ عُهْدَةَ الشَّرَارِ، وَلَوْ عَصَفَهُ الرِّيحُ بَغْتَةً، فَلاَ، وَلَوْ سَقَطَ مِيزَابُهُ عَلَىٰ رَأْسِ إِنْسَانٍ، فَإِنْ كَانَ السَّاقِطُ القَدْرَ البَارِزَ، ضَمِنَ (و)؛ كَالجَنَاحِ، وَإِنْ سَقَطَ الكُلُّ، لَمْ يَضْمَنْ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ مِنْ حَاجَةِ المِلْكِ؛ بِخِلاَفِ الجَنَاحِ، وَضَمِنَ النِّصْفَ بِإِزَاءِ البَارِزِ، عَلَىٰ وَجْهٍ[(٥)]، وَضَمِنَ مَا يَقْتَضِيهِ وَزْنُ البَارِزِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ إِذَا قِيسَ بِوَزْنِ الدَّاخِلِ، وَإِذَا مَالَ الجِدَارُ

---

(١) أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً أسقطته ناقص الخلق فهي جهيض.
ينظر المصباح المنير ص (١١٣).

(٢) قال الرافعي: «ولو وضع صَبِيّاً في مسبعة، فافترسه سبع وجب الضمان على أصح الوجهين» الظاهر أنه لا يضمن. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن استقل فهو جائز، لكن بشرط سلامة العاقبة» على أحد القولين» قيل: هما قولان وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإن حفر لغرض نفسه ولم يضر بالناس فهو جائز بشرط سلامة العاقبة هذا وجه، والأولى وبه أجاب أصحابنا العراقيون والروياني أنه إذا كان بإذن الولي فلا ضمان. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن سقط الكل لم يضمن على وجه لأنه من حاجة الملك، بخلاف الجناح، وضمن النصف بإزاء البارز على وجه» قيل: هما قولان، وسياق الكتاب يشعر بتخصيص الخلاف مما إذا سقط الكل، ويجزم الوجوب إذا سقط البارز وحده والأكثرون طردوه في الحالتين. [ت]

إِلَى الشَّارِعِ؛ بِأَنْ بَنَاهُ مَائِلاً، فَهُوَ كَالقَابُولِ[1]، وَإِنْ مَالَ فِي الدَّوَامِ، فَلَمْ يُتَدَارَكْ مَعَ الإِمْكَانِ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا قُمَامَاتُ البُيُوتِ، وَقُشُورُ البِطِّيخِ، إِذَا تَعَثَّرَ بِهَا إِنْسَانٌ، فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى المُلْقِي وَجْهَانِ؛ كَمَا فِي المِيزَابِ؛ لأَنَّ طَرْحَ القُمَامَاتِ لِمَرَافِقِ الأَمْلاَكِ، وَرَشُّ المَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِمَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ، فَهُوَ سَبَبُ ضَمَانٍ فِي حَقِّ مَنْ تَزَلَّقَ، وَلَمْ يَرَ مَوْضِعَ الرَّشِّ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: فِي تَرْجِيحِ سَبَبٍ عَلَىٰ سَبَبٍ)، وَمَهْمَا اجْتَمَعَ سَبَبَانِ مُخْتَلِفَانِ، قُدِّمَ الأَوَّلُ، وَلَوْ حَفَرَ بِئْراً، وَنَصَبَ آخَرُ حَجَراً، فَتَعَثَّرَ بِالحَجَرِ، وَوَقَعَ فِي البِئْرِ، فَالضَّمَانُ عَلَىٰ وَاضِعِ الحَجَرِ، وَكَذَا لَوْ سَقَطَ الحَجَرُ بِسَبَبِ السَّيْلِ عَلَىٰ طَرَفِ البِئْرِ، سَقَطَ الضَّمَانُ عَنِ الحَافِرِ، وَلَوْ سَقَطَ فِي بِئْرٍ عَلَىٰ سِكِّينٍ مَنْصُوبٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى الحَافِرِ، لاَ عَلَى نَاصِبِ السِّكِّينِ، وَلَوْ حَفَرَ بِئْراً قَرِيبَ العُمْقِ، فَعَمَّقَهَا غَيْرُهُ، فَالضَّمَانُ عَلَى الأَوَّلِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ؛ لِتَنَاسُبِ الجِنَايَتَيْنِ.

وَلَوْ تَعَثَّرَ بِحَجَرٍ فِي الطَّرِيقِ، فَالضَّمَانُ عَلَىٰ وَاضِعِهِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِقَاعِدٍ، فَالضَّمَانُ عَلَى القَاعِدِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِوَاقِفٍ، فَالمَاشِي مُهْدَرٌ، وَضَمَانُ الوَاقِفِ عَلَى المَاشِي؛ لأَنَّ الوُقُوفَ مِنْ مَرَافِقِ المَشْيِ، دُونَ القُعُودِ، وَقِيلَ فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ تَرَدَّىٰ فِي بِئْرٍ، فَسَقَطَ عَلَيْهِ آخَرُ، فَضَمَانُهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ الحَافِرِ، وَهَلْ لِوَرَثَةِ الأَوَّلِ مُطَالَبَةُ عَاقِلَةِ الثَّانِي بِنِصْفِ الدِّيَةِ؛ حَتَّىٰ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحَافِرِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ؛ مَنْشَؤُهُ أَنَّ المُكْرَهَ، هَلْ يَتَعَلَّقُ [بِهِ][2] عُهْدَةٌ (و)؟، وَلَوْ تَزَلَّقَ عَلَىٰ طَرَفِ البِئْرِ، فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ، وَجَذَبَهُ، وَتَعَلَّقَ الآخَرُ بِثَالِثٍ، وَجَذَبَهُ، وَوَقَعَ بَعْضُهُمْ عَلَى البَعْضِ، فَالأَوَّلُ مَاتَ مِنْ ثَلاَثَةِ أَسْبَابٍ بِصَدْمَةِ البِئْرِ وَثِقَلِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَىٰ وَاحِدٍ، فَيُهْدَرُ ثُلُثُ دِيَتِهِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الحَافِرِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي؛ فَإِنَّهُ جَذَبَ الثَّالِثَ، وَأَمَّا الثَّانِي هَلَكَ بِسَبَبَيْنِ، وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا، فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ، وَنِصْفُ دِيَتِهِ عَلَى الأَوَّلِ؛ لأَنَّهُ جَذَبَهُ، وَأَمَّا الثَّالِثُ، فَكُلُّ دِيَتِهِ عَلَى الثَّانِي.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِيمَا يُوجِبُ الشَّرِكَةَ)؛ كَمَا إِذَا اصْطَدَمَ حُرَّانِ، وَمَاتَا، فَكُلُّ وَاحِدٍ شَرِيكٌ فِي قَتْلِ نَفْسِهِ وَقَتْلِ صَاحِبِهِ، فَفِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ كَفَّارَتَانِ وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِيَةِ صَاحِبِهِ، إِلاَّ إِذَا كَانَا مُتَعَمِّدَيْنِ، فَهِيَ فِي تَرِكَتِهِمَا، فَإِنْ كَانَا رَاكِبَيْنِ، زَادَ فِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ صَاحِبِهِ، فَإِنْ غَلَبَهُمَا الدَّابَّتَانِ، أُهْدِرَ الهَلاَكُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ إِحَالَةً عَلَى الدَّوَابِّ، وَفِي الثَّانِي يُحَالُ عَلَىٰ رُكُوبِهِمَا، فَإِنْ كَانَا صَبِيَّيْنِ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيٌّ مُتَعَدِّياً، فَحِوَالَةُ الكُلِّ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ أَرْكَبَهُمَا الوَلِيُّ، فَلاَ حِوَالَةَ عَلَيْهِ، بَلْ هُوَ كَرُكُوبِ الصَّبِيَّيْنِ بِنَفْسِهِمَا، وَإِنْ أَرْكَبَ الوَلِيُّ لأَجْلِ زِينَةٍ لاَ حَاجَةٍ، فَفِي تَقْيِيدِهِ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ فِي حَقِّ الوَلِيِّ وَجْهَانِ، فَإِنْ تَصَادَمَ حَامِلَتَانِ، فَفِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ؛ لأَنَّهُ أَهْلَكَ أَرْبَعَةَ أَنْفُسٍ، وَالكَفَّارَةُ لاَ تَتَجَزَّأُ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ يَلْزَمُهُ الكَفَّارَةُ؛ عَلَى الأَصَحِّ

---

(١) القابول: هو السَّاباط هكذا استعمله الغزالي وتبعه الرافعي ولم أظفر بنقل فيه. قاله في المصباح. ينظر المصباح المنير ص (٤٨٩).

(٢) في أ: له.

في المَسأَلَتَيْنِ، وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ غُرَّةٌ، نِصْفُهَا لِهَذَا الجَنِينِ، وَنِصْفُهَا لِلآخَرِ، وَحُكْمُ الدِّيَةِ مَا سَبَقَ، فَإِنْ كَانَا عَبْدَيْنِ، فَهُمَا مُهْدَرَانِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْداً، فَنِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ فِي تَرِكَةِ الحُرِّ، وَنِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ تَتَعَلَّقُ بِتِلْكَ القِيمَةِ؛ فَإِنَّهَا بَدَلُ الرَّقَبَةِ، فَإِنْ كَانَتَا مُسْتَوْلَدَتَيْنِ، وَتَسَاوَتِ القِيمَتَانِ، تَقَاصَّتَا، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي مِائَتَيْنِ، وَالأُخْرَىٰ مِائَةً، فَضَلَ لِصَاحِبِ النَّفِيسِ خَمْسُونَ بَعْدَ التَّقَاصِّ، وَإِنْ كَانَتَا حَامِلَتَيْنِ وَقِيمَةُ كُلِّ غُرَّةٍ أَرْبَعِينَ، فَصَاحِبُ النَّفِيسَةِ يَسْتَحِقُّ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِنْ جُمْلَةِ مِائَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ، وَلَكِنْ قِيمَةُ الخَسِيسَةِ مِائَةٌ، وَلاَ يَجِبُ (و) عَلَىٰ سَيِّدِ المُسْتَوْلَدَةِ إِلاَّ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ، فَعَلَيْهِ مِائَةٌ، لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَبْعِينَ مِنْ جُمْلَةِ مِائَةٍ وَأَرْبَعِينَ، فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ ثَلاثُونَ، وَإِنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ، فَالمَلاَّحُ كَالرَّاكِبِ، وَالسَّفِينَةُ كَالدَّابَّةِ، وَغَلَبَةُ الرِّيَاحِ كَغَلَبَةِ الدَّابَّةِ، وَلَوْ كَانَ فِي كُلِّ سَفِينَةٍ عَشَرَةُ أَنْفُسٍ وَأَمْوَالٌ، فَهُمَا شَرِيكَانِ فِي قَتْلِ العِشْرِينَ وَإِتْلاَفِ الأَمْوَالِ، وَإِذَا قَالَ المَلاَّحُ: كَانَ ذَلِكَ بِالرِّيحِ، صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ أَشْرَفَتْ سَفِينَةٌ عَلَى الغَرَقِ، فَقَالَ الخَائِفُ عَلَىٰ نَفْسِهِ، أَوْ عَلَىٰ غَيْرِهِ: أَلْقِ مَتَاعَكَ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، لَزِمَهُ لِحَاجَةِ الفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مُلْقِي المَتَاعِ أَيْضاً مُحْتَاجاً، لَزِمَهُ أَيْضاً.

وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِقَدْرِ حِصَّةِ المَالِكِ.

وَلَوْ كَانُوا عَشَرَةً، سَقَطَ العُشْرُ، وَلَوْ كَانَ المُحْتَاجُ هُوَ المَالِكَ فَقَطْ، فَأَلْقَىٰ بِضَمَانِ غَيْرِهِ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ الأَخْذُ، وَلَوْ قَالَ المُلْتَمِسُ: أَلْقِ، وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ، يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَزِمَه حِصَّتُهُ، وَالرَّاكِبُونَ إِنْ رَضُوا بِهِ، لَزِمَهُمْ، وَإِلاَّ فَلاَ.

وَلَوْ رَجَعَ حَجَرُ المَنْجَنِيقِ عَلَى الرُّمَاةِ، وَكَانُوا عَشَرَةً، فَيُهْدَرُ مِنْ دَمِ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُهُ، فَإِنْ أَصَابَ غَيْرَهُمْ، فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ، إِلاَّ إِذَا قَصَدُوا شَخْصاً، وَقَدَرُوا عَلَىٰ إِصَابَتِهِ فَهُوَ عَمْدٌ.

وَإِنْ قَدَرُوا عَلَىٰ إِصَابَةِ وَاحِدٍ مِنَ الجَمْعِ، لاَ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ خَطَأٌ فِي حَقِّ ذَلِكَ الوَاحِدِ.

وَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدّاً، فَأَسْلَمَ، ثُمَّ عَادَ الجَارِحُ مَعَ ثَلاثَةٍ، فَجَرَحُوهُ فَالجُنَاةُ أَرْبَعَةٌ (و)؛ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ، وَالجَانِي فِي الحَالَتَيْنِ، لَزِمَهُ الرُّبُعُ بِجِرَاحَتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا مُهْدَرَةٌ، فَيَعُودُ حِصَّتُهُ إِلَى الثُّمُنِ.

وَقِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَى الجِرَاحَاتِ، وَيُقَالُ: الجِرَاحَاتُ خَمْسٌ، فَيَسْقُطُ الخُمُسُ وَيَبْقَىٰ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الأَرْبَعَةِ خُمُسُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ العَبْدِ الجَانِي، فَجَنَىٰ بَعْدَهُ، ثُمَّ مَاتَ فَأَرْشُ اليَدِ يَخْتَصُّ بِهِ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَوَّلاً، وَالبَاقِي يُشَارِكُهُ فِيهِ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ ثَانِياً؛ لأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ الجِنَايَتَيْنِ وَقَطَعَ بَعْدَ إِحْدَى الجِنَايَتَيْنِ، وَإِنْ فَضَلَ مِنْ أَرْشِ الأُولَىٰ، فَالفَاضِلُ مِنْ أَرْشِ الطَّرَفِ لِلسَّيِّدِ، وَقِيمَةُ النَّفْسِ لِلمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ثَانِياً، وَالقَاتِلُ بِالسِّحْرِ، إِذَا أَقَرَّ بِالتَّعَمُّدِ، يَلْزَمُهُ (و) القِصَاصُ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالخَطَإِ أَوْ شِبْهِ العَمْدِ، فَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ، لَوْ أَقَرُّوا.

(القِسْمُ الثَّالِثُ: مِنَ الكِتَابِ فِيمَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ)

وَهُوَ الجَانِي، إِنْ كَانَ عَمْداً، والعَاقِلَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمْداً، وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ): فِي جِهَةِ العَقْلِ وَصِفَةِ العَاقِلَةِ:

(أَمَّا الجِهَةُ، فَثَلاثَةٌ): العُصُوبَةُ، والوَلاَءُ، وبَيْتُ المَالِ، أَمَّا المُحَالَفَةُ وَالمُوَالاَةُ، فَلاَ تُوجِبُ العَقْلَ (ح).

(الجِهَةُ الأُولَى): القَرَابَةُ، وَهُوَ كُلُّ عَصَبَةٍ سِوَىٰ أَبْعَاضِ الجَانِي مِنْ آبَائِهِ وَبَنِيهِ، فَإِنْ كَانَ ٱبْنُهَا ٱبْنَ ٱبْنِ عَمِّهَا، فَفِي الضَّرْبِ وَجْهَانِ، وَفِي تَقَدُّمِ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ عَلَى الأَخِ لِلأَبِ قَوْلاَنِ.

(الجِهَةُ الثَّانِيَةُ: الوَلاَءُ)، فَإِنْ لَمْ يُصَادِفْ عَصَبَتَهُ، فَعَلَىٰ مُعْتِقِ الجَانِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَعَصَبَاتُ المُعْتِقِ، ثُمَّ مُعْتِقُ المُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتِقُ أَبِ المُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، هَكَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ؛ كَالمِيرَاثِ، وَفِي دُخُولِ ٱبْنِ المُعْتِقِ وَأَبِيه وَجْهَانِ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ المَرْأَةُ لَمْ يُضْرَبْ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَىٰ عَصَبَاتِهَا؛ كَمَا يُزَوِّجُونَ عَتِيقَتَهَا، وَالشُّرَكَاءُ فِي عِتْقِ عَبْدٍ وَاحِدٍ، كَشَخْصٍ وَاحِدٍ؛ لاَ يَلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ؛ فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَصَبَاتِهِ لاَ يَحْمِلُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّةِ المُعْتِقِ، لَوْ كَانَ حَيّاً، وَمَا دَامَ المُعْتِقُ حَيّاً، فَلاَ يَرْقَىٰ إِلَىٰ عَصَبَاتِهِ، وَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ شَيْءٌ؛ إِذْ لاَ وَلاَءَ لَهُمْ، فَإِنْ مَاتَ، فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ الجَانِي، وَفِي تَحَمُّلِ العَتِيقِ عَنِ المُعْتِقِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَحَمَّلُ، فَٱجْتَمَعَ المَوْلَى الأَعْلَىٰ وَالأَسْفَلُ فَالأَعْلَىٰ أَوْلَىٰ، وَالمُتَوَلِّدُ بَيْنَ العَتِيقِ وَالعَتِيقَةِ يَجِبُ عَقْلُهُ عَلَىٰ مَوَالِي الأَبِ تَرْجِيحاً لِجِهَةِ الأُبُوَّةِ، فَإِنْ تَوَلَّدَ مِنْ عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ، فَالوَلاَءُ لِمُوَالِي الأُمِّ، إِذْ لاَ وَلاَءَ عَلَى الأَبِ بَعْدُ، وَإِنْ أَعْتَقَ الأَبُ، ٱنْجَرَّ الوَلاَءُ إِلَىٰ مَوَالِي الأَبِ، فَإِنْ جَنَى الوَلَدُ قَبْلَ جَرِّ الوَلاَءِ، فَأَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَىٰ مَوَالِي الأُمِّ، وَمَا زَادَ بِسِرَايَةٍ بَعْدَ الجَرِّ عَلَى الجَانِي؛ لأَنَّهُ نَتِيجَةُ جِنَايَتِهِ قَبْلَ الجَرِّ، فَلاَ يَحْمِلُهُ مُوَالِي الأَبِ ولأنه حَصَلَ بَعْدَ الجَرِّ فَلاَ يَحْمِلُهُ مَوَالِي الأُمِّ، وَلأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ عَنِ المَوَالِي، فَلاَ يَحْمِلُهُ بَيْتُ المَالِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْنِ قَبْلَ الجَرِّ، فَسَرَىٰ بَعْدَهُ، فَعَلَىٰ مَوَالِي الأُمِّ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ.

(الجِهَةُ الثَّالِثَةُ: بَيْتُ المَالِ): ، فَإِذَا لَمْ نَجِدِ العُصُوبَةَ وَالوَلاَءَ، أَخَذْنَا مِنْ بَيْتِ المَالِ، إِنْ كَانَ الجَانِي مُسْلِماً، فَإِنْ كَانَ ذِمِّيّاً، رَجَعْنَا (و) إِلَى الجَانِي.

(أَمَّا الصِّفَاتُ)، فَلاَ يُضْرَبُ عَلَىٰ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ وَٱمْرَأَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتِقَةً، وَلاَ عَلَىٰ مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ، فَلاَ يَحْمِلُ مُسْلِمٌ مِنَ الذِّمِّيِّ، وَلاَ الذِّمِّيُّ مِنَ المُسْلِمِ، وَفِي تَحَمُّلِ اليَهُودِيِّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلاَنِ، وَالحَرْبِيُّ لاَ يَتَحَمَّلُ (و)، وَالمُعَاهَدُ كَالذِّمِّيِّ إِذَا لَمْ يَنْصَرِمْ عَهْدُهُ قَبْلَ مُضِيِّ أَجَلِ الضَّرْبِ، وَلاَ يُضْرَبُ عَلَىٰ فَقِيرٍ، وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِلاً، وَيُضْرَبُ عَلَى الغَنِيِّ نِصْفُ (ح م) دِينَارٍ، وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عِشْرِينَ دِينَاراً بَعْدَ المَسْكَنِ وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى المُتَوَسِّطِ الرُّبُعُ، وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيُنْظَرُ إِلى اليَسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ، فَلَوْ طَرَأَ اليَسَارُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، فَلاَ ٱلْتِفَاتَ إِلَيْهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ التَّوْزِيعِ)، وَالبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ (ح) العَصَبَاتِ، وَلاَ يُضْرَبُ عَلَىٰ وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفٍ أَوْ رُبُعٍ، وَهُوَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حِصَّةُ جَمِيعِ السِّنِينَ.

ثُمَّ إِنْ فَضَلَ مِنَ الأَقْرَبِينَ شَيْءٌ، تَرَقَّيْنَا إِلَىٰ مَنْ بَعْدَهُمْ، ثُمَّ إِلَى المُعْتِقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةً، أَخَذْنَا بَقِيَّةَ الوَاجِبِ آخِرَ السَّنَةِ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ المَالِي أَخَذْنَا مِنَ الجَانِي؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ؛ حِذَاراً مِنَ التَّعْطِيلِ.

وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ المَالِ.

وَأَمَّا الذِّمِّيُّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَيُطَالَبُ بَعْدَ مُضِيِّ الأَجَلِ[1]؛ إِذْ لاَ يُنْتَظَرُ لَهُ بَيْتُ المَالِ؛ وَكَذَا إِذَا ٱعْتَرَفَ بِالخَطَإِ، وَأَنْكَرَ العَاقِلَةُ، وَلاَ بَيِّنَةَ، إِذْ لا يُنْتَظَرُ إِقْرَارُ العَاقِلَةِ، فَإِنْ أَقَرُّوا عَلَىٰ قُدُورٍ، وَقَعَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ.

وَمَا دُونَ أَرْشِ المُوضِحَةِ مَضْرُوبٌ (ح م و) عَلَى العَاقِلَةِ، بَلْ لَوْ كَانَ الأَرْشُ نِصْفَ دِينَارٍ، وَزَّعْنَاهُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِائَةً طُولِبَ جَمِيعُهُمْ بِنِصْفِ دِينَارٍ مُشْتَرَكٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ يُعَيِّنُ القَاضِي وَاحِداً؛ كَيْ لا يَعْسُرَ الطَّلَبُ.

(وَأَمَّا الأَجَلُ)، فَهُوَ فِي دِيَةٍ كَامِلَةٍ ثَلاَثُ سِنِينَ، وَهِيَ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ[2] يُؤْخَذُ ثُلُثُهَا فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ وَجَبَ مِائَتَانِ مِنَ الإِبِلِ فِي عَبْدٍ، وَقُلْنَا: يَحْمِلُ (و) فَهُوَ مَضْرُوبٌ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ؛ نَظَراً إِلَىٰ أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسٍ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي سَتِّ سِنِينَ؛ نَظَراً إِلَى القَدْرِ.

وَعَلَىٰ هَذَا يُضْرَبُ دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ فِي سَنَةٍ، وِدِيَةُ المَجُوسِيِّ فِي سَنَةٍ، وَغُرَّةُ الجَنِينِ أَيْضاً فِي سَنَةٍ؛ لأَنَّ السَّنَةَ لاَ تَتَجَزَّأُ، وَدِيَةُ المَرْأَةِ فِي سَنَتَيْنِ، وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدٌ ثَلاَثَةً، فَيُضْرَبُ ثَلاَثُمائَةٍ مِنَ الإِبِلِ فِي تِسْعِ سِنِينَ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ نَظَراً إِلَى القَتْلِ، أَوْ إِلَىٰ أَنَّ الثَّلاَثَةَ الأَنْفُسِ لا يَكُونُونَ كَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَيُضْرَبُ فِي ثَلاَثِ سِنِين؛ عَلَى الأَصَحِّ؛ لأَنَّ الآجَالَ لِلدُّيُونِ المُتَفَرِّقَةِ تَتَسَاوَقُ وَلاَ تَتَعَاقَبُ، وَإِنْ قَتَل ثَلاَثَةٌ وَاحِداً، فَالدِّيَةُ الوَاحِدَةُ مَضْرُوبَةٌ عَلَى العَوَاقِلِ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ، عَلَىٰ كُلِ وَاحِدٍ ثُلُثٌ؛ نَظَراً إِلَى ٱتِّحَادِ المُسْتَحَقِّ.

وَقِيلَ: فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَدِيَةُ يَدَيِ الشَّخْصِ كَنَفْسِهِ.

وَدِيَةُ إِحْدَى اليَدَيْنِ مِنَ الرَّجُلِ يُضْرَبُ فِي سَنَتَيْنِ؛ لِعَدَمِ النَّفْسِ وَنُقْصَانِ القَدْرِ.

---

(١) قال الرافعي: «وأما الذمي إذا لم يكن له عاقلة، فيطالب بعد مضي الأجل» هذا مكرر كالمكرر لقوله قبل ذلك: «وإن كان ذمياً رجعنا إلى الجاني، وكأنه أراد أن يبين أن ما قيل في حق المسلم أنه ينتظر يسار بيت المال لا مجال له في حق الذمي؛ لأنه لا يتحمل عنه بيت المال؛ ثم قوله: بعد مضي الأجل لا حاجة إليه، فإن الدية المتحملة لا تكون إلا مؤجلة، والمطالبة لا تكون إلاّ بعد انقضاء الأجل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما الأجل فهو في دية كاملة ثلاث سنين وهي مائة من الإبل» لا حاجة إلى قوله: وهي مائة من الإبل، فقد سبق ما يبينه. [ت]

وَلَوْ قَطَعَ يَدَي إِنْسَانٍ وَرِجْلَيْهِ، فَهُوَ كَقَتْلِ نَفْسَيْنِ، وَمَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالنَّظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَالغَائِبُ، هَلْ يَلْتَحِقُ بِالمَعْدُومِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَنَعْنِي بِهِ غَيْبَةً تَمْنَعُ التَّحْصِيلَ فِي سَنَةٍ.

وَأَوَّلُ الحَوْلِ يُحْسَبُ مِنْ وَقْتِ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي[1]، سَوَاءٌ شَعَرَ بِهِ العَاقِلَةُ أَوْ لَمْ تَشْعُرْ، لاَ مِنْ وَقْتِ الجِنَايَةِ، وَلَوْ سَرَتِ الْجِنَايَةُ بَعْدَ الدَّفْعِ، فَحَوْلُ أَرْشِ السِّرَايَةِ مِنْ وَقْتِ السِّرَايَةِ[2].

وَلَوْ جَنَى العَبْدُ، فَأَرْشُهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ حَتَّىٰ يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[3]، فَإِنْ تَعَلَّقَ، فَهَلْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ ٱخْتَارَ السَّيِّدُ الفِدَاءَ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَلاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ، أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ؛ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.

وَلَوْ قَالَ ٱخْتَرْتُ الفِدَاءَ، لَمْ يَلْزَمْهُ مَا لَمْ يُسْلِمْ؛ فِي أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ جَنَتِ المُسْتَوْلَدَةُ، فَعَلَى السَّيِّدِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ؛ لأَنَّهُ مَانِعٌ بِالاسْتِيلاَدِ، فَلَوْ جَنَتْ مِرَاراً، وَلَمْ يَتَخَلَّلْ فِدَاءٌ، فَهِيَ كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ، فَتُجْمَعُ وَيَلْزَمُهُ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ، وَلَوْ تَخَلَّلَ فِدَاءٌ، لَزِمَهُ فِدَاءٌ جَدِيدٌ؛ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي يُسْتَرَدُّ الأَوَّلُ، وَيُوَزَّعُ عَلَيْهِمَا، وَوَطْءُ الجَارِيَةِ الجَانِيَةِ لَيْسَ ٱخْتِيَاراً لِلفِدَاءِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(الْقِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الكِتَابِ: فِي غُرَّةِ الجَنِينِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ:

(الطَّرَفُ الأَوَّلُ فِي المُوجِبِ)، وَهِيَ جِنَايَةٌ تُوجِبُ ٱنْفِصَالَ الجَنِينِ مَيِّتاً، فَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَمَاتَتِ الأُمُّ، فَلاَ شَيْءَ، وَإِنِ ٱنْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ الأُمِّ، وَجَبَ (ح م)، وَإِنَ انْفَصَلَ حَيّاً، وَلَوْ عَلَىٰ حَرَكَةِ المَذْبُوحِينَ، ثُمَّ مَاتَ، فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَتِلْكَ الحَيَاةُ لاَ تَدُومُ، بَلْ لَوْ لَمْ تَكُنْ جِنَايَةٌ، فَقَتَلَ مِثْلَ هَذَا الجَنِينِ، وَجَبَ الْقِصَاصُ؛ كَقَتْلِ مَرِيضٍ مُشْرِفٍ عَلَى المَوْتِ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُ الجَنِينِ، وَمَاتَتِ الأُمُّ، وَجَبَتِ الْغُرَّةُ (م)؛ لِتَيَقُّنِ الجَنِينِ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ؛ لِعَدَمِ ٱلانْفِصَالِ.

وَكَذَا الوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ قُدَّتْ بِنِصْفَيْنِ، فَٱنْكَشَفَ الْجَنِينُ فِي بَطْنِهَا؛ وَكَذَا الوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ رَأْسُ الجَنِينِ، فَصَاحَ، فَحُزَّتْ رَقَبَتُهُ، فَمَنْ لاَ يَعْتَدُّ بِهَذَا ٱلانْفِصَالِ، لاَ يُوجِبُ القِصَاصَ، وَلاَ كَمَالَ الدِّيَةِ، وَلَوْ أَجْهَضَتْ يَداً، وَمَاتَتْ، وَجَبَتْ غُرَّةٌ، إِذَا تَيَقَّنَّا وُجُودَ جَنِينِهَا، وَلَوْ أَلْقَتْ أَرْبَعَةَ أَيْدٍ

---

(١) قال الرافعي: «وأول الحول يحسب من وقت الرفع إلى القاضي» كذا ذكر ها هنا، وفي الوسيط، وهو كالمنفرد بهذا النقل، وكتب الأصحاب متفقة على أن ابتداء الحول من وقت الموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو سرت الجناية بعد الدفع فحوّل أرش السراية من وقت السراية» هذا يجري على أن الابتداء في وقت الرفع. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهل يتعلق بذمته حتى يطالب به بعد العتق» فيه قولان قيل وجهان. [ت]

وَرَأسَيْنِ، لَمْ يُزَدْ عَلَىٰ غُرَّةٍ، فَرُبَّ شَخْصٍ لَهُ رَأْسَانِ، وَلَوْ أَلْقَتْ بدنَيْنِ، فَدِيَتَانِ؛ إِذْ لاَ يُمْكِنُ البَدَنَانِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ، ثُمَّ خَرَجَ جَنِينٌ حَيٌّ بِلاَ يَدَيْنِ، فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ سَلِيمَ اليَدَيْنِ، فَحُكُومَةٌ لَهُمَا.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في المُوجَبِ فِيهِ)، وَهُوَ الجَنِينُ الَّذِي بَدَا فِيهِ التَّخْطِيطُ، وَلَوْ في طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِهِ، وإِذَا أَدْرَكَتِ القَوَابِلُ، كَفَىٰ ذَلِكَ، لاَ شَيْءَ في إِجْهَاضِ المُضْغَةِ وَالعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ؛ عَلَى الأَصَحِّ[1]، ثُمَّ فِي الجَنِينِ الحُرِّ المُسْلِمِ غُرَّةٌ، وَفِي الجَنِينِ الكَافِرِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): غُرَّةٌ وَلاَ يُبَالَىٰ بالتَّسْوِيَةِ.

(والثَّانِي): ثُلُثُ الغُرَّةِ.

(والثَّالِثُ): لاَ يَجِبُ شَيْءٌ.

فَإِنْ قُلْنَا بِالثُّلُثِ، فَالمُتَوَلِّدُ مِنْ نَصْرَانِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ، قِيلَ: إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالأَخَفِّ.

وَقِيلَ: بِالأَغْلَظِ.

وَقِيلَ: العِبْرَةُ بِجَانِبِ الأَبِ.

وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ ذِمِّيَّةٍ، فَأَسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَغُرَّةٌ كَامِلَةٌ، نَظَراً إِلَى حَالِ الانْفِصَالِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ حَرْبِيَّةٍ، فَأَسْلَمَتْ، ثُمَّ أَجْهَضَتْ، فَفِي ضَمَانِ الجَنِينِ وَجْهَانِ؛ كَمَا لَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ حَرْبِيٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ، أَمَّا الجَنِينُ الرَّقِيقُ، فَفِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، وَيُعْتَبَرُ القِيمَةُ عَلَى الصَّحِيحِ يَوْمَ الجِنَايَةِ، لاَ يَوْمَ الإِجْهَاضِ؛ أَخْذاً بِالأَغْلَظِ، فَلَوْ كَانَ الجَنِينُ سَلِيماً، وَالأُمُّ مَقْطُوعَةَ الأَطْرَافِ، قُدِّرَتْ سَلِيمَةَ الأَطْرَافِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ كَمَا يُقَدَّرُ إِسلاَمُهَا وَحُرِّيَّتُهَا، إِذَا كَانَ الجَنِينُ كَذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ الجَنِينُ مَقْطُوعَ الأَطْرَافِ، فَلاَ تُقَدَّرُ الأُمُّ مَقْطُوعَةً؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ إِذْ ذَاكَ في الجَنِينِ مِنْ أَثَرِ الْجِنَايَةِ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: في صِفَةِ الغُرَّةِ)، وَهُوَ رَقِيقٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبٍ يُثْبِتُ الرَّدَّ في البَيْعِ، سِنُّهُ فَوْقَ سَبْعٍ، وَدُونَ خَمْسَ عَشْرَةَ، إِنْ كَانَ غُلاَماً، وَدُونَ العِشْرِينَ، إِنْ كَانَتْ أُنْثَىٰ.

وَقِيلَ: تُؤْخَذُ الكَبِيرَةُ مَا لَمْ تَضْعُفْ بِالهَرَمِ، وَفِي نَفَاسَةِ قِيمَتِهَا وَجْهَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لاَ تَقْدِيرَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ السِّنِّ وَالسَّلاَمَةِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ لاَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْقُصَ عَنْ قِيمَةِ خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ؛ لأَنَّا عِنْدَ العَقْدِ نَرْجِعُ إِلَىٰ خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ؛ في القَوْلِ الجَدِيدِ[2].

---

(١) قال الرافعي: «ولا شيء في إجهاض المُضْغة والعلقة قبل التخطيط على الأصح» الجمهور سكتوا عن الخلاف في العلقة، وخصصوه بالمُضْغَة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لأن عند العقد نرجع إلى خمس من الإبل في القول الجديد» قيل: هذا هو القديم، والجديد ما يقابله. [ت]

وفي القَدِيمِ نَرْجِعُ إِلَىٰ قِيمَةِ الغُرَّةِ مَنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ، ثُمَّ تُصْرَفُ الغُرَّةُ إِلَىٰ وَارِثِ الجَنِينِ، وَهُوَ الأُمُّ وَالعَصَبَةُ، وَتَلْزَمُ عَاقِلَةُ الجَانِي؛ إِذْ لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُ الجَنِينِ عَمْداً؛ إِذْ لاَ تَتَيَقَّنُ حَيَاتُهُ بِحَالٍ، وَأَرْشُ أَلَمِ الأُمِّ يَنْدَرِجُ تَحْتَ الغُرَّةِ، إِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ، فَإِنْ بَقِيَ، وَجَبَ حُكُومَةُ الشَّيْنِ.

(بَابُ كَفَّارَةِ القَتْلِ)

كُلُّ حَيٍّ مُلْتَزِمٍ، إِذَا قَتَلَ قَتْلاً غَيْرَ مُبَاحٍ، آدَمِيّاً مَعْصُوماً، فَعَلَيْهِ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلاَ إِطْعَامَ؛ عَلَى المَذْهَبِ، نعمْ، لَوْ مَاتَ، فَفِي كُلِّ يَوْمٍ مُدٌّ؛ كَمَا فِي رَمَضَانَ، فَيَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالخَطَإِ وَحَفْرِ البِئْرِ، وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَلاَ يَجِبُ فِي قَتْلِ الصَّائِلِ، وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ وَالرَّجْمُ، وَلاَ عَلَىٰ حَرْبِيٍّ، وَفِي وُجُوبِهِ عَلَىٰ مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ أَوْ حَفَرَ بِئْراً، فَتَرَدَّىٰ فِيهِ غَيْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَجْهَانِ؛ إِذْ يَبْعُدُ إِنْشَاءُ عِبَادَةٍ عَلَىٰ مَيِّتٍ بَعْدَ المَوْتِ، وَلاَ كَفَّارَةَ فِي قَتْلِ نِسَاءِ أَهْلِ الحَرْبِ وَذَرَارِيهِمْ، وَيَجِبُ فِي المُعَاهَدِ وَالمَمْلُوكِ، إِذَا قَتَلَهُ السَّيِّدُ؛ لِوُجُودِ العِصْمَةِ؛ وَكَذَا فِي المُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ، فَإِذَا رَمَىٰ إِلَىٰ صَفِّ الكُفَّارِ، وَلَمْ يَدْرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِماً، فَأَصَابَ، فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ، وَلاَ دِيَةَ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِماً، وَلَمْ يَقْصِدْهُ، لَزِمَهُ الدِّيَةُ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ[1]؛ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَخْصاً بِعَيْنِهِ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ الرَّمْيِ، فَفِي دِيَتِهِ قَوْلاَنِ[2]، إِذَا كَانَ فِي صَفِّ الكُفَّارِ.

وَالشَّرِيكُ فِي القَتْلِ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَامِلَةٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذِ العِبَادَةُ لاَ تَتَجَزَّأُ.

---

(١) قال الرافعي: «إذا رمى إلى صف الكفار، ولم يدرِ أن فيهم مسلماً فأصاب فعليه الكفّارة، ولا دية وإن علم أن فيهم مسلماً ولم يقصده لزمته الدية، وقيل: قولان» الأحسن والأولى ما ذكره في «التهذيب»، وهو أنه إذا رمى إلى صف الكفار، ولم يعين شخصاً أو عين كافراً، فأخطأ وأصاب ملسماً، فلا قصاص ولا دية وإن عين شخصاً فإذا هو مسلم فلا قصاص. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي الدية قولان» ويشبه أن يكون هذان القولان هما القولان المذكوران فيما إذا قتل من ظنّه كافراً لكونه على زي أهل الشرك، والأظهر فيهما أنه لا تجب الدِّية، وسوى على هذه الطريقة بين أن يسرف أن فيهم مسلماً أو لا يعرف. [ت]

(كِتَابُ دَعْوَىٰ الدَّمِ)

وَالنَّظَرُ في ثَلاَثَةِ أُمُورٍ:

(الأَوَّلُ: الدَّعْوَىٰ)، وَلَهَا خَمْسَةُ شُرُوطٍ:

(الأَوَّلُ) أَنْ يَتَعَلَّقَ بِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ بِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِين.

فَلَوْ قَالَ: قَتَلَ أَبِي وَاحِدٌ مِنْ هَؤُلاءِ الْعَشَرَةِ، وَلاَ أَعْرِفُ عَيْنَهُ، وَأُرِيدُ يَمِينَ كُلِّ وَاحِدٍ فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُجَابُ إِلَيْهِ[1]؛ لأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالمَنْعِ، وَهَؤُلاَءِ لاَ يَتَضَرَّرُونَ بِاليَمِينِ؛ وَكَذَا في دَعْوَى الغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ؛ بِخِلاَفِ القَبْضِ وَالبَيْعِ في المُعَامَلاَتِ؛ فَإِنَّهُ بِالنِّسْيَانِ مُقَصِّرٌ.

وَقِيلَ: يُسْمَعُ في المُعَامَلاَتِ.

وَقِيلَ: لاَ يُسْمَعُ إِلاَّ في الدَّمِ.

(الثَّانِي): أَنْ تَكُونَ مُفَصَّلَةً في كَوْنِهِ عَمْداً أَوْ خَطَأً أَوْ مُشْتَرَكَةً، فَإِنْ أَجْمَلَ، ٱسْتَفصَلَ القَاضِي.

وَقِيلَ: يُعْرِضُ عَنْهُ؛ لأَنَّ ٱلاسْتِفْصَالَ تَلْقِينٌ، وَلَوْ قَالَ: قُتِلَ أَبِي خَطَأً مَعَ جَمَاعَةٍ، وَلَمْ يَحْصُرْهُمْ، لَمْ يُسْمَعْ؛ إِذْ حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ لاَ تَتَبَيَّنُ، وَلَوِ ٱدَّعَى الْعَمْدَ، وَقُلْنَا: مُوجِبُهُ القَوَدُ المَحْضُ، سُمِعَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدٌ لاَ بِعَيْنِهِ، فَوَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَكُونَ المُدَّعِي مُكَلَّفاً مُلْتَزِماً، وَلاَ يَضُرُّهُ كَوْنُهُ جَنِيناً حَالَةَ القَتْلِ؛ إِذْ يُعْرَفُ ذَلِكَ بِالتَّسَامُعِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مُكَلَّفاً، فَإِنْ كَانَ سَفِيهاً، صَحَّ فِيمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ السَّفِيهِ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ، صَحَّ؛ لأَجْلِ إِنْكَارِهِ؛ حَتَّىٰ تُسْمَعَ البَيِّنَةُ، وَيُعْرَضَ اليَمِينُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ(و)، إِذْ يَنْقَطِعُ الخُصُومَةُ بِحَلِفِهِ.

(الخَامِسُ): أَلاَّ يَتَنَاقَضَ دَعْوَاهُ، فَإِنِ ٱدَّعَىٰ عَلَى شَخْصٍ؛ أَنَّهُ مُنْفَرِدٌ بِالقَتْلِ، ثُمَّ ٱدَّعَىٰ عَلَىٰ غَيْرِهِ الشَّرِكَةَ، لَمْ يُسْمَعِ الدَّعْوَى الثَّانِيَةُ؛ لأَنَّ الأُولَىٰ تُكَذِّبُهُ، فَلَوْ صَدَّقَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ ثَانِياً، كَانَ لَهُ المُؤَاخَذَةُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ(و)، لأَنَّ الحَقَّ لاَ يَعْدُوهُمَا، وَلَوِ ٱسْتَفْصَلَ في العَمْدِ، فَفَصَّلَهُ بِمَا لَيْسَ بِعَمْدٍ، لَمْ تُبْطِلْ دَعْوَاهُ أَصْلَ القَتْلِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: ظَلَمْتُهُ بِأَخْذِ المَالِ، وَفُسِّرَ بِأَنَّهُ كَذَبَ في الدَّعْوَىٰ، ٱسْتُرِدَّ، وَلَوْ فُسِّرَ بِأَنَّهُ حَنَفِيٌّ لاَ يَرى القَسَامَةَ، وَقَدْ أَخَذَ بِهَا، لَمْ يَسْتَرِدَّ؛ لأَنَّ النَّظَرَ

---

(١) قال الرافعي: «فلو قال قتل أبي واحد من هؤلاء العشرة، ولا أعرف عينه، وأريد عين كل واحد، فالصحيح أنه يجاب إليه» الأصح عند صاحب التهذيب وجماعةٍ خلافه وسكت في الوسيط عن الترجيح وإن لم يقبل إقراره صح لأجل إنكاره حتى تسمع البينة، ويعرض اليمين عليه على الصحيح، إذ تنقطع الخصومة بحلفه الأشبه باختيار كلام الأصحاب أنها لا تعرض عليه. [ت]

إِلَىٰ رَأْيِ الحَاكِمِ، لا إِلى الخَصْمَيْن.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في القَسَامَةِ)، وَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: في مَظِنَّتِهَا)، وَهِيَ قَتْلُ الحُرِّ في مَحَلِّ اللَّوْثِ، فَلاَ قَسَامَةَ في ٱلمَالِ وَالأَطْرَافِ، وَفِي العَبْدِ قَوْلاَنِ، وَاللَّوْثُ قَرِينَةُ حَالٍ تَغْلِبُ الظَّنَّ؛ كَقَتِيلٍ في مَحِلَّةٍ بَيْنهم عَدَاوَةٌ، أَوْ قَتِيلٍ دَخَلَ صَفّاً، وَتَفَرَّقَ عَنْهُ جَماعَةٌ مَحْصُورُونَ، أَوْ قَتِيلٍ في صَفِّ الخَصْمِ المُقَاتِلِ، أَوْ قَتِيلٍ في الصَّحْرَاءِ، وَعَلَىٰ رَأْسِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سِكِّينٌ، وَقَوْلُ المَجْرُوحِ: قَتَلَنِي فُلاَنٌ لَيْسَ بِلَوْثٍ، وَقَوْلُ وَاحِدٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوْثٌ، وَقَوْلُ جَمْعٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُمْ لَوْثٌ، وَالقِيَاسُ أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ لَوْثٌ، وَأَمَّا عَدَدٌ مِنَ الصِّبْيَةِ والفَسَقَةِ فِيهِمْ خِلاَفٌ.

(وَأَمَّا) مُسْقِطَاتُ اللَّوْثِ، فَخَمْسَةٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَتَعَذَّرَ إِظْهَارُهُ عِنْدَ القَاضِي، فَلَوْ ظَهَرَ عِنْدَ القَاضِي عَلَىٰ جَمْعٍ، فَلِلمُدَّعِي أَنْ يُعَيِّنَ، فَلَوْ قَالَ: القَاتِلُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، فَحَلَفُوا إِلاَّ الوَاحِدَ، فَلَهُ القَسَامَةُ عَلَىٰ ذَلِكَ الوَاحِدِ؛ لأَنَّ نُكُولَهُ لَوْثٌ، فَلَوْ نَكَلُوا جَمِيعاً، فَقَالَ: ظَهَرَ لي الآنَ لَوْثٌ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ سَبَقَ مِنْهُ دَعْوَى الجَهْلِ، فَفِي تَمْكِينِهِ مِنَ القَسَامَةِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِي): إِذَا ظَهَرَ اللَّوْثُ في أَصْلِ القَتْلِ، دُونَ كَوْنِهِ خَطَأً أَوْ عَمْداً، يُمْنَعُ مِنَ القَسَامَةِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ إِذْ لَيسَ يَتَعَيَّنُ للخِطَابِ العَاقِلَةُ وَلاَ الجَانِي.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَدَّعِيَ الجَانِي كَوْنَهُ غَائِباً، فَإِذَا حَلَفَ، سَقَطَ بِيَمِينِهِ أَثَرُ اللَّوْثِ، فَإِنْ أَقَامَ عَلَى الغَيْبَةِ بَيِّنَةً بَعْدَ الحُكْمِ بِالقَسَامَةِ، نُقِضَ الحُكْمُ، وَلَوْ كَانَ وَقْتَ القَتْلِ مَحْبُوساً أَوْ مَرِيضاً، وَلَمْ يُمْكِنْ كَوْنُهُ قَاتِلاً، إِلاَّ عَلَىٰ بُعْدٍ، فَفِي سُقُوطِ اللَّوْثِ بِهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ؛ بِأَنَّ فُلاناً قَتَلَ أَحَدَ هَذَيْنِ القَتِيلَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لَوْثاً، وَلَوْ قَالَ: قَتَلَ هَذَا القَتِيلَ أَحَدُ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، فَهُوَ لَوْثٌ؛ لأَنَّ تَعْيِينَ القَاتِلِ يَعْسُرُ.

وَقِيلَ: لاَ لَوْثَ في المَوْضِعَيْنِ.

(الخَامِسُ): تَكْذِيبُ أَحَدِ الوَرَثَةِ، هَلْ يُعَارِضُ اللَّوْثَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يُبْطِلُ، فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَ أَبَانَا زَيْدٌ وَرَجُلٌ آخَرُ، لاَ أَعْرِفُهُ، وَقَالَ الآخَرُ: قَتَلَهُ عَمْرٌو وَرَجُلٌ آخَرُ لاَ أَعْرِفُهُ، فَلاَ يَتَكَاذَبُ، فَلَعَلَّ مَا جَهِلَهُ هَذَا عَلِمَهُ ذَاكَ، ثُمَّ مُعَيِّنُ زَيْدٍ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّ عَلَيْهِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَحِصَّتُهُ مِنْهَا الرُّبُعُ، فَلاَ يُطَالَبُ إِلاَّ بالرُّبُعِ، وَكَذَا مُدَّعِي عَمْرٍو، وَلَيْسَ مِنْ مُبْطِلاَتِ اللَّوْثِ أَلاَّ يَكُونَ عَلَى القَتِيلِ أَثَرُ جُرْحٍ وَتَخْنِيقٍ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: كَيْفِيَّةُ القَسَامَةِ)، وَهُوَ أَنْ يَحْلِفَ المُدَّعِي خَمْسِينَ يَمِيناً مُتَوَالِيَةً في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ بَعْدَ التَّحْذِيرِ وَالتَّغْلِيظِ، فَلَوْ كَانَ في مَجْلِسَيْنِ، فَوَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ المُوَالاَةُ، فَإِنْ جُنَّ، ثُمَّ أَفَاقَ يُبْنَىٰ لِلْعُذْرِ، وَلَوْ عُزِلَ القَاضِي، ٱسْتَأْنَفَ (و)، وَلَوْ مَاتَ في أَثْنَائِهِ، ٱسْتَأْنَفَ الوَارِثُ، وَلاَ قَسَامَةَ

فِي غَيْبَةِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّهَا ضَعِيفَةٌ؛ بِخِلاَفِ البَيِّنَةِ، فَإِنْ كَانَ الوَارِثُ جَمَاعَةً، فَفِي تَوْزِيعِ الخَمْسِينَ عَلَيْهِمْ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُوَزَّعُ، يَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ سَهْمِهِ مِنَ المِيرَاثِ، فَالثُّمُنُ وَالسُّدُسُ يَنْكَسِرُ، فَيُتَمَّمُ اليَمِينُ المُنْكَسِرَةُ، فَإِنْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ، أَوْ كَانُوا غِيَاباً، فَلاَ يَأْخُذُ الحَاضِرُ حِصَّتَهُ، مَا لَمْ يُتِمَّ خَمْسِينَ يَمِيناً، فَإِنْ كَانُوا ثَلاَثَةً، حَلَفَ الأَوَّلُ خَمْسِينَ يَمِيناً، وَأَخَذَ الثُّلُثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّانِي، حَلَفَ ثُلُثَ الأَيْمَانِ، وَأَخَذَ الثُّلُثَ، وَإِذَا قُدِّمَ الثَّالِثُ، حَلَفَ نِصْفَ الأَيْمَانِ، وَلَوْ خَلَّفَ وَلَداً خُنْثَىٰ وَأَخاً لأَبٍ، حَلَفَ الخُنْثَىٰ خَمْسِينَ؛ لاحْتِمَالِ أَنَّهُ مُسْتَغْرِقٌ، وَأَخَذَ نِصْفَ الدِّيَةِ؛ لاحْتِمَالِ أَنَّهُ أُنْثَىٰ، فَإِنْ أَرَادَ الأَخُ أَنْ يَحْلِفَ، حَلَفَ خَمْساً وَعِشْرِينَ يَمِيناً، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يَنْتَزِعَ النِّصْفَ مِنْ يَدِ الجَانِي، وَيُوْقِفَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الخُنْثَىٰ، فَإِذَا ظَهَرَ الحَالُ، سُلِّمَ بِحُكْمِ اليَمِينِ السَّابِقَةِ، هَذَا كُلُّهُ فِي يَمِينِ المُدَّعِي، أَمَّ سَائِرُ الأَيْمَانِ فِي الدَّمِ؛ كَيَمِينِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَاليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَفِي تَعَدُّدِهِ خَمْسِينَ قَوْلاَنِ، وَيَجْرِيَانِ فِي الأَطْرَافِ، مَعَ أَنَّ القَسَامَةَ لاَ تَجْرِي فِيهَا[1].

فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَدَّدُ فِي الطَّرَفِ، فَلَوْ نَقَصَ، فَفِي التَّوْزِيعِ قَوْلاَنِ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ عَلَى ٱثْنَيْنِ؛ أَنَّهُمَا قَتَلاَ، فَفِي التَّوْزِيعِ عَلَيْهِمَا قَوْلاَنِ؛ كَمَا فِي الوَارِثِينَ، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَقُلْنَا: يَتَّحِدُ اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ، فَإِنْ شَهِدَ عَلَى اللَّوْثِ، حَلَفَ مَعَهُ خَمْسِينَ يَمِيناً، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى القَتْلِ، حَلَفَ مَعَهُ وَاحِدَةً.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ القَسَامَةِ)، وَلاَ يُنَاطُ بِهَا القِصَاصُ؛ عَلَى الجَدِيدِ، بَلِ الدِّيَةُ مِنَ الجَانِي، إِنْ حَلَفَ عَلَى العَمْدِ، وَمِنَ العَاقِلَةِ، إِنْ حَلَفَ عَلَى الخَطَإِ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ القَسَامَةِ، وَنَكَلَ المُدَّعىٰ عَلَيْهِ عَنِ اليَمِينِ، فَفِي تَمْكِينِهِ مِنَ اليَمِينِ المَرْدُودَةِ قَوْلاَنِ، وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَعَادَ إِلَى اليَمِينِ المَرْدُودَةِ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِيمَنْ يَحْلِفُ)، وَهُوَ كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الدِّيَةَ، فَالمُكَاتِبُ يُقْسِمُ عَلَىٰ عَبْدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الحَلِفِ وَالنُّكُولِ، حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ النُّكُولِ، لَمْ يَحْلِفْ؛ كَمَا لاَ يَحْلِفُ الوَارِثُ بَعْدَ نُكُولِ المُوَرِّثِ، فَلَوْ قَتَلَ عَبْدَهُ، فَأَوْصَىٰ بِقِيمَتِهِ لِمُسْتَوْلَدَتِهِ، وَمَاتَ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يُقْسِمُوا، وَإِنْ كَانَتِ القِيمَةُ لِلْمُسْتَوْلَدَةِ؛ لأَنَّ لَهُمْ حَظّاً فِي تَنْفِيذِ الوَصِيَّةِ، فَإِنْ نَكَلُوا، فَلِلْمُسْتَوْلَدَةِ القَسَامَةُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَكَذَا القَوْلاَنِ فِي قَسَامَةِ الغُرَمَاءِ، إِذَا نَكَلَ الوَارِثُ، فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا، فَلَهُمْ يَمِينُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

فَإِذَا قَطَعَ يَدَ العَبْدِ، وَعَتَقَ، وَمَاتَ، وَكَانَتِ الدِّيَةُ مِثْلَ أَرْشِ اليَدِ، وَقُلْنَا لاَ قَسَامَةَ فِي العَبْدِ، فَيُقْسِمُ هٰهُنَا؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ الوَاجِبَ دِيَةُ حُرٍّ بِالنَّظَرِ إِلَى الآخِرِ.

وَلَوِ ٱرْتَدَّ الوَلِيُّ، ثُمَّ أَقْسَمَ، صَحَّ، إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: لاَ مِلْكَ لَهُ[2]، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَقُتِلَ،

---

(١) قال الرافعي: «ويجريان في الأطراف مع أن القسامة لا تجري فيها» يريد القولين، ويقال: الخلاف في الأطراف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو ارتد الولي ثم أقسم صح إلاّ إذا قلنا: لا ملك له... إلى آخره» هذا طريق للأصحاب،=

صُرِفَتِ الدِّيَةُ إِلَى الفَيْءِ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ بَانَ[1] أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقّاً؛ لأَنَّهُ مِنَ ٱلاسْتِحْقَاقِ تَسَبُّبٌ، وَقَسَامَةُ أَهْلِ الفَيْءِ غَيْرُ مُمْكِنٍ؛ هَذَا النَّصُّ، وَقِيلَ بِخِلاَفِهِ.

وَمَهْمَا قُتِلَ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ، فَلاَ قَسَامَةَ؛ إِذْ تَحْلِيفُ بَيْتِ المَالِ غَيْرُ مُمْكِنٍ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي إِثْبَاتِ الدَّمِ بِالشَّهَادَةِ)، وَلاَ يَثْبُتُ القَتْلُ المُوجِبُ لِلقِصَاصِ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ، وَيَثْبُتُ مُوجِبُ الدِّيَةِ، وَلَوْ رَجَعَ بِالعَفْوِ إِلَى المَالِ، فَفِي ثُبُوتِهِ بَعْدَ العَفْوِ وَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَىٰ هَاشِمَةٍ مَسْبُوقَةٍ بِإِيضَاحٍ، لَمْ يَثْبُتِ الهَشْمُ فِي حَقِّ الأَرْشِ؛ كَمَا لاَ يَثْبُتُ الإِيضَاحُ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَىٰ أَنَّهُ رَمَىٰ إِلَىٰ زَيْدٍ، فَمَرَقَ، فَأَصَابَ غَيْرَهُ خَطأً، ثَبَتَ الخَطأُ، فَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَقِيلَ: الإِيضَاحُ سَبَبُ الهَشْمِ، وَهُمَا كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ بِخِلاَفِ قَتْلِ الشَّخْصَيْنِ، وَلَوْ شَهِدُوا؛ أَنَّهُ مَا جَرَحَ، وَأَنْهَرَ الدَّمَ، لَمْ يَكْفِ مَا لَمْ يَشْهَدَا عَلَى القَتْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْضَحَ رَأْسَهُ، لَمْ يَكْفِهِ، مَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلجِرَاحَةِ وَوُضُوحِ العَظْمِ، فَإِنْ عَجَزُوا عَنْ تَعْيِينِ مَحَلِّ المُوضِحَةِ، سَقَطَ القِصَاصُ، وَثَبَتَ الأَرْشُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَهِدَ عَلَىٰ أَنَّهُ قَتَلَ بِالسِّحْرِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لأَنَّ ذَلِكَ لاَ يُشَاهَدُ، وَلَوْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ أَمْرَضَهُ بِالسِّحْرِ، وَلَكِنْ مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ، فَهَذَا لَوْثٌ[2]؛ نَصَّ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ لَوْثَ؛ فَإِنَّ اللَّوْثَ فِي تَعْيِينِ القَاتِلِ، لاَ فِي نَفْسِ القَتْلِ.

وَمِنَ الشُّرُوطِ أَلاَّ تَتَضَمَّنَ الشَّهَادَةُ نَفْعاً وَلاَ دَفْعاً، فَلَوْ شَهِدَ عَلَىٰ جَرْحِ المُوَرِّثِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ شَهِدَ بِدَيْنٍ أَو عَيْنٍ لِمُوَرِّثِهِ المَرِيضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَرْحٍ، وَهُمَا مَحْجُوبَانِ، ثُمَّ مَاتَ الحَاجِبُ أَوْ بِالعَكْسِ، فَالنَّظَرُ إِلَىٰ حَالَةِ الشَّهَادَةِ لِلتُّهْمَةِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ؛ كَمَا فِي الإِقْرَارِ لِلوَارِثِ، وَلَوْ شَهِدَتِ العَاقِلَةُ عَلَىٰ فِسْقِ بَيِّنَةِ الخَطَإِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لأَنَّهَا دَافِعَةٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مِنْ فُقَرَاءِ العَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنَ الأَبَاعِدِ، قُبِلَ؛ لأَنَّ تَوَقُّعَ مَوْتِ القَرِيبِ بَعِيدٌ؛ بِخِلاَفِ تَوَقُّعِ الغِنَىٰ.

وَقِيلَ فِي البَعِيدِ وَالقَرِيبِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلاَنِ عَلَىٰ رَجُلَيْنِ بِالقَتْلِ، فَشَهِدَ المَشْهُودُ عَلَيْهِمَا؛ بِأَنَّهُمَا قَتَلاَ هَذَا القَتِيلَ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا؛ لأَنَّهُمَا دَافِعَانِ وَمُبَادِرَانِ قَبْلَ ٱلاسْتِشْهَادِ، وَشَهَادَةُ الحِسْبَةِ لاَ تُقْبَلُ فِي حَقِّ الآدَمِيِّينَ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ صَدَّقَهُمَا المُدَّعِي، بَطَلَ حَقُّهُ؛ لِتَنَاقُضِ دَعْوَاهُ، وَلَوْ شَهِدَا، عَلَىٰ أَجْنَبِيٍّ بِالقَتْلِ، فَهُمَا دَافِعَتَانِ وَمُبَادِرَتَانِ، وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ عَلَى

= وهو بناء صحة القسامة في الردة على أقوال الملك، والأظهر عند الأكثرين إطلاق القول بالصحة، وتنزيل الدية منزلة ما يكتسبه بالردة والاصطياد ونحوه. [ت]

(1) هكذا بالأصول المعتمد عليها، ولعلها «وإن بان»

(2) قال الرافعي: «ولو أقر بأنه أمرضه بالسحر ولكن مات بسبب آخر، فهذا لوث... إلى آخره» الذي أجاب به الأكثرون مقتصرين عليه أنه إن نفى ضمناً متألماً إلى أن مات، فيحلف الولي ويأخذ الدية. [ت]

الشَّاهِدَيْنِ بِالقَتْلِ، فَهُمَا مُبادِرانِ، وَلَيْسَا دافِعَيْنِ؛ فَيُخَرَّجُ عَلَىٰ شَهَادَةِ الْحِسْبَةِ، وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُ الوَرَثَةِ بِعَفْوِ بَعْضِهِمْ، سَقَطَ الْقِصَاصُ بِإِقْرارِهِ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقاً لاَ بِشَهَادَتِهِ، وَلَوْ ٱخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّاهِدَيْنِ في زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ أَوْ آلَةٍ فَهُمَا مُتَكَاذِبَانِ، ثُمَّ لاَ يَثْبُتُ بِهِ لَوثٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الإِقْرَارِ بِالقَتْلِ المُطْلَقِ، وَالآخَرُ عَلَى الإِقْرَارِ بِالقَتْلِ العَمْدِ، ثَبَتَ أَصْلُ القَتْلِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ في نَفْيِ العَمْدِيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ عَمْداً، وَقَالَ الآخَرُ: خَطَأً، فَفِي ثُبُوتِ أَصْلِ القَتْلِ وَجْهَانِ.

(كِتَابُ الْجِنَايَاتِ[1] الْمُوجِبَةِ لِلعُقُوبَاتِ)

وَهِيَ سَبْعٌ: البَغْيُ، وَالرِّدَّةُ، وَالزِّنَا، وَالقَذْفُ، وَالشُّرْبُ، وَالسَّرِقَةُ، وَقَطْعُ الطَّرِيقِ:

(الجِنَايَةُ الأُولَى: البَغْيُ)، وَالنَّظَرُ في صِفَاتِهِمْ، وَأَحْكَامِهِمْ:

(أَمَّا الصِّفَةُ)، فَكُلُّ فِرْقَةٍ خَالَفَتِ الإِمَامَ بِتَأْوِيلٍ، وَلَهَا شَوْكَةٌ يُمْكِنُهَا مُقَاوَمَةُ الإِمَامِ، فَهِيَ بَاغِيَةٌ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ وَمَانِعُو الزَّكَاةِ وَسَائِرِ حُقُوقِ الشَّرْعِ، فَلَا تَأْوِيلَ لَهُمْ، وَكُلُّ تَأْوِيلٍ يُعْلَمُ بُطْلَانُهُ بِالظَّنِّ، فَهُوَ مُعْتَبَرٌ، وَإِنْ كَانَ بُطْلَانُهُ قَطْعِيّاً، وَلَكِنَّهُمْ غَلِطُوا فِيهِ، فَوَجْهَانِ، وَهَذَا تَرَدُّدٌ في أَنَّ مُعَاوِيَةَ[2] رَضِيَ الله

---

(١) الجناية لغة: يقال: جَنَىٰ على قومه جِنَايَةً: أَذْنَبَ ذَنْباً يُؤَاخَذُ بِهِ، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع. وهي عندهم يراد بها القصاص في النفوس والأطراف.
ينظر المصباح المنير ١/ ١٥٤، مختار الصحاح (١١٤).
واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: اسم لفعل محرم حلّ بالنفس، أو الأطراف.
عرفها الشافعية بأنها: كل فعل مُزهق للروح، أو مُبين للعضو.
عرفها المالكية بأنها: إتلاف مكلّف غير حَرْبِي نفس إنسان معصوم، أو عضوه، أو معنى قائماً، به أو جنبه، عمداً أو خطأ بتحقيق، أو تهمة. . .
وقيل هي فعل الجاني الموجب للقصاص.
عرفها الحنابلة بأنها: كل فعل عدوان على الأبدان، بما يوجب قصاصاً و نحوه.
انظر: رد المحتار ٥/ ٣٣٩، شرح الخرشي ٨/ ٣، المبدع ٨/ ٢٤٠ كشاف القناع ٥/ ٥٠٣ مجمع الأنهر ٢/ ٦١٤ مواهب الجليل ٦/ ٢٧٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٤٢.

(٢) قال الرافعي: «معاوية» هو ابن أبي سفيان بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف أبو عبد الرحمن الأموي القرشي كاتب رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ سمع النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وروى عنه ابن عباس، وأبو سعيد الخدري، وأسامة بن زيد، وحميد بن عبد الرحمن بن عوف وغيرهم ولي الخلافة حين سلّم الحسين بن علي ـ رضي الله عنهما ـ الأمر إليه سنة إحدى وأربعين، توفى سنة ستين لثمان بقين من رجب. [ت]

تنظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٣/ ٣٢، ٧/ ٤٠٦، نسب قريش ١٢٤، طبقات خليفة ت (٥١، ٩٦٩، ٢٨٠٩)، التاريخ الكبير ٧/ ٣٢٦، المعرفة والتاريخ ١/ ٣٠٥، أنساب الأشراف ٤/ ٥، ١٣٦، الجرح والتعديل ٨/ ٣٧٧، تاريخ الطبري ٥/ ٣٢٣، مروج الذهب ٣/ ١٨٨، ٢٢٠، جمهرة أنساب العرب ١١٢، ١١٣، تاريخ بغداد ١/ ٢٠٧، الجمع بين رجَال الصحيحين ٢/ ٤٨٩، طبقات فقهاء اليمن ٤٧، جامع الأصول ٩/ ١٠٧، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ٢/ ١٠٢، تهذيب الكمال ١٣٤٣، تاريخ الإسلام ٢/ ٣١٨، مرآة الجنان ١/ ١٣١، البداية والنهاية ٨/ ٢٠، ١١٧ العقد الثمين ٧/ ٢٢٧، غاية النهاية: ت ٣٦٢٥، تهذيب التهذيب ١٠/ ٢٠٧، تاريخ الخلفاء ١٩٤، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٣٢٦، شذرات الذهب ١/ ٦٥.

تَعَالَىٰ عَنْهُ كَانَ مُبْطِلاً ظَنّاً أَوْ قَطعاً، وَأَمَّا الخَوارِجُ إِنْ لَمْ نُكَفِّرْهُمْ، لَمْ نَلْتَفِتْ إِلىٰ تَأْوِيلِهِمْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِظُهُورِ فَسَادِهِ، وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ وَاحِدٌ مُطَاعٌ؛ إِذْ بِهِ الشَّوْكَةُ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِصِفَاتِ الأَئِمَّةِ فِيهِ وَجْهَانِ.

(أَمَّا أَحْكَامُ البُغَاةِ)، فَشَهَادَتُهُمْ مَقْبُولَةٌ؛ لِجَهْلِهِمْ بِسَبَبِ التَّأْوِيلِ، وَقَضَاؤُهُمْ نَافِذٌ، وَيَجِبُ (و) عَلَىٰ قَاضِينَا إِمْضَاؤُهُ، وَمَا أَخَذُوهُ مِنَ الحُقُوقِ يَقَعُ مَوْقِعَهُ، فَإِنْ صَرَفُوا سَهْمَ المُرْتَزِقَةِ إِلَىٰ جُنْدِهِمْ، فَفِي وُقُوعِهِ المَوْقِعَ وَجْهَانِ، وَإِنْ سَمِعَ قَاضِيهِمُ البَيِّنَةَ، وَٱلْتَمَسَ مِنَّا الحُكْمَ، حَكَمْنَا؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ؛ نَظَراً لِلرَّعَايَا؛ هَذَا إِنْ كَانَ لَهُمْ شَوْكَةٌ وَتَأْوِيلٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَوْكَةٌ، فَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُهُمْ، وَإِنْ وُجِدَتِ الشَّوْكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُمْ؛ عَلَى الظَّاهِرِ أَمَّا غُرْمُ المَالِ، فَمَا أُتْلِفَ فِي غَيْرِ القِتَالِ مَضْمُونٌ عَلَى الفَرِيقَيْنِ، وَمَا أُتْلِفَ فِي القِتَالِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى العَادِلِ، وَفِي البَاغِي قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَجِبُ، فَفِي الكَفَّارَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ، فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، هَذَا عِنْدَ وُجُودِ الشَّوْكَةِ، فَإِنْ كَانَ تَأْوِيلٌ بِلاَ شَوْكَةٍ، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ قَتَلَ ٱبْنُ مُلْجَمٍ[1] عَلِيّاً رَضِيَ الله تَعَالَىٰ عَنْهُ[2] مُتَأَوِّلاً، فَأُقِيدَ به، وَإِنْ وُجِدَتِ الشَّوْكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ، فَطَرِيقَانِ.

قِيلَ: يَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقِيلَ: بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ؛ لأَنَّ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ لِلتَّرْغِيبِ فِي الطَّاعَةِ؛ كَأَهْلِ الحَرْبِ، وَالقَوْلاَنِ جَارِيَانِ فِي المُرْتَدِّينَ، إِذَا أَتْلَفُوا فِي القِتَالِ.

(فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ قِتَالِهِمْ)، فَلاَ نُقَاتِلُهُمْ، بَلْ نُقَدِّمُ التَّذِيرَ أَوَّلاً، وَلاَ نَتَّبِعُ المُدْبِرَ آخِراً، فَلَوْ بَطَلَتْ شَوْكَتُهُمْ فِي الحَالِ، وَلَكِنْ لَمْ تُؤْمَنْ غَائِلَةُ ٱجْتِمَاعِهِمْ فِي المَآلِ، فَفِي جَوَازِ ٱتِّبَاعِهِمْ بِالقَتْلِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا أَسِيرُهُمْ، فَلاَ يُطْلَقُ إِلاَّ بَعْدَ الأَمْنِ مِنْهُمْ، وَإِنْ أُمِنَ فِي الحَالِ، وَتُوُقِّعَ فِي ثَانِي الحَالِ، فَفِي الإِطْلاَقِ وَجْهَانِ، وَفِي أَسْرِ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيهِمْ، لِكَسْرِ قُلُوبِهِمْ تَرَدُّدٌ، فَأَمَّا أَسْلِحَتُهُمْ وَخُيُولُهُمْ، فَلاَ

---

(١) ملْجم هو عبد الرحمن بن ملجم المُرَادي كان من الخوارج المارقين، ويذكر أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ شهد عليه بالشقاوة. [ت]

(٢) «قتل ابن ملجم عليّاً رضي الله عنه» روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليّاً قال في ابن مَلْجم بعد ما ضربه أطعموه وأسقوه وأحسنوا إساره، فإن عِشْتُ فأنا وَليّ دمي أعْفو إن شِئْتُ، وإن شِئْتُ اسْتَقَدْتُ، وَإن مِتُّ فقتلتموه، فلا تمثلوا. [ت]

والحديث أخرجه الشافعي (٢/ ١٠١) كتاب الديات، حديث (٣٣٥) عن ابراهيم بن محمد عن أبيه أن عليا قال في ابن ملجم بعدما ضربه..... فذكره.

قال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٤٧): ورواه البيهقي من حديث الشعبي أن ابن ملجم لما ضرب عليا تلك الضرب أوصى فقال: قد ضربني فأحسنوا إليه وألينوا فراشه فإن أعش فعفو أو قصاص وإن مت فعاجلوه فإني مخاصمه عند ربي عز وجل.

وقال الحافظ (تنبيه): هذا يرد على من زعم أن الحسن بن علي قتله لكونه من الساعين في الأرض فساداً لا قصاصاً؛ لقول علي في هذا الأثر عاجلوه.

يحلُّ ٱستعمالُها في القتالِ، وتُردُّ عليهمْ عندَ الأمنِ منْهُمْ، ولاَ تُردُّ قبلَهُ، والصَّبيُّ المُراهقُ والعبْدُ كالخيْلِ، والصَّغيرُ كالمرْأةِ، ولاَ نُقاتِلُهُمْ بالمجانيقِ والنِّيرانِ، إلاَّ إذَا خِفْنَا أنْ نُصْطلَمَ، وإنْ تحصَّنُوا بقلْعةٍ، وكانَ فيهِمْ رعَايَا، لَمْ نُقاتِلْهُمْ بالنَّارِ والمنْجنيقِ، وإنْ لَمْ يكُنْ إلاَّ المُقاتِلَةُ، ففيهِ تردُّدٌ، ولاَ نسْتعِينُ عليْهِمْ بأهْلِ الكُفرِ، ولاَ بمَنْ يرَىٰ قتْلَ مُدْبِرِهِمْ، وإنِ ٱسْتعانُوا عليْنَا بأهْلِ الحرْبِ، لَمْ ينفُذْ أمانُهُمْ علينَا، بَلْ نقْتُلُ مُدْبرَ أهْلِ الحرْبِ، وفي نُفُوذِ الأمانِ عليْهِمْ وجْهانِ؛ لابْتِنائِهِ علَى الفسادِ، ولَوْ قالَ أهْلُ الحرْبِ: ظنَنَّا أنَّهُمْ مُحِقُّونَ، فليُلْحَقْ مُدْبِرُهُمْ بالمُأمَنِ؛ لأجْلِ ظنِّهِ؛ علَىٰ أحَدِ الوجْهَيْنِ، ولَوِ ٱسْتعانُوا بأهْلِ الذِّمَّةِ، بطَلَ عهْدُهُمْ، وكانُوا كأهْلِ الحرْبِ، وإنْ كانُوا مُكْرَهِينَ، كانُوا كأهْلِ البغْيِ، وإنْ كانُوا جاهِلِينَ بالحقِّ، ففي ٱنْتِقاضِ عهْدِهِمْ قوْلانِ، فإنْ قُلْنا: لاَ يُنْتقَضُ، وجَبَ ضمانُ مَا أتْلفُوا عليْهِمْ؛ علَى الظَّاهِرِ[1]، إذْ سُقُوطُهُ عنِ الباغِي، لِتَرْغِيبِهِ في الطَّاعةِ.

(الْجِنايَةُ الثَّانيَةُ: الرِّدَّةُ)، وهِيَ عِبارةٌ عنْ قطْعِ الإسْلامِ مِنْ مُكلَّفٍ؛ إمَّا بِفعْلٍ؛ كالسُّجُودِ لِلصَّنَمِ، وعِبادةِ الشَّمْسِ، وإلْقاءِ المُصْحَفِ في القاذُوراتِ، وكُلُّ فِعْلٍ صرِيحٍ في الاسْتِهْزاءِ؛ وإمَّا بِقوْلٍ، عِناداً، أوِ ٱسْتِهْزاءً، أوِ ٱعْتِقاداً، فكُلُّ ذلِكَ رِدَّةٌ مِنَ المُكلَّفِ دُونَ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ، والسَّكْرانُ كالصَّاحِي (ح)؛ في قوْلٍ، وكالمجْنُونِ في قوْلٍ، فإنْ صُحِّحَتْ رِدَّتُهُ، فإسْلامُهُ في السُّكْرِ يرْفعُهُ إلاَّ إذَا فرَّقْنَا بيْنَ مَا لَهُ ومَا عليْهِ؛ في طرِيقٍ، ولَوْ شهِدَ شاهِدانِ علَىٰ رِدَّتِهِ، فقالَ كَذِباً، لَمْ يُسْمعْ، ولَوْ قالَ: كُنْتُ مُكْرَهاً، فإنْ ظهرَ مخايِلُ الإكْراهِ، فالقوْلُ قوْلُهُ؛ كالأسِيرِ، وإلاَّ فلاَ يُقْبلُ، ولَوْ نقَلَ الشَّاهِدُ لفْظَهُ، فقالَ: صدَقَ، لكِنِّي كُنْتُ مُكْرَهاً، قُبِلَ؛ إذْ ليْسَ فِيهِ تكْذِيبُ الصَّادِقِ؛ بِخِلافِ مَا إذَا شهِدَ بالرِّدَّةِ، فإنَّ الإكْراهَ ينْفِي الرِّدَّةَ، دُونَ اللَّفْظِ، ولاَ ينْبغِي أنْ يقْبلَ الشَّهادةَ علَى الرِّدَّةِ مُطْلقاً، دُونَ التَّفْصِيلِ؛ لاخْتِلافِ المذاهِبِ (ح) في التَّكْفِيرِ.

ولَوْ خلَّفَ رجُلٌ ٱبْنَيْنِ، فقالَ أحَدُهُمَا: مَاتَ أبِي كافِراً، صُرِفَ نصِيبُهُ إلَى الفَيْءِ؛ علَىٰ قوْلٍ.

وعلَىٰ قوْلٍ؛ يُصْرفُ إليْهِ؛ لأنَّهُ لَمْ يُفصِّلْ كيْفِيَّةَ الكُفْرِ، والمذاهِبُ تخْتلِفُ فِيهِ، فالصَّحِيحُ أنَّهُ يُسْتفْسَرُ، ويُحْكَمُ بِمُوجبِ تفْسِيرِهِ، وإنْ لَمْ يُفسِّرْ، يُوقَفُ.

والأسِيرُ إذَا ٱرْتدَّ مُكْرَهاً، فأفْلتَ، ولَمْ يُجدِّدِ الإسْلامَ؛ حيْثُ عُرِضَ عليْهِ، دلَّ علَىٰ أنَّهُ كانَ مُخْتاراً، فإنِ ٱرْتدَّ مُخْتاراً، فصلَّىٰ صلاةَ المُسْلِمِينَ، قِيلَ: يُحْكَمُ بإسْلامِهِ (و) بِخِلافِ الكافِرِ الأصْلِيِّ، وفِيهِ ٱحْتِمالٌ، لِغُمُوضِ الفرْقِ.

(فأمَّا حُكْمُ الرِّدَّةِ) في نفْسِ المُرْتدِّ، وولَدِهِ، ومالِهِ.

(فأمَّا نفْسُهُ)، فتُهْدرُ إنْ لَمْ يتُبْ، فإنْ تابَ، لَمْ يُقْتلْ إلاَّ إذَا كانَ زِنْدِيقاً، ففي قبُولِ توْبتِهِ خِلافٌ، والظَّاهِرُ القبُولُ، ثُمَّ في إمْهالِ المُرْتدِّ ثلاثَةَ أيَّامٍ قوْلانِ، فإنْ قُلْنا: لاَ يجِبُ، فهُوَ مُسْتحَبٌّ أوْ ممْنُوعٌ وجْهانِ، فإنْ قُلْنا: يُمْنعُ، فقالَ: حُلُّوا شُبْهتِي، لَمْ نُناظِرْهُ؛ علَىٰ أصَحِّ الوجْهَيْنِ، بَلْ عليْهِ أنْ

---

(١) قال الرافعي: «فإن قلنا: لا ينتقض وجب ضمان ما أتلفوا عليهم على الظاهر» من الطريقين، وهما القطع بالوجوب، وطرد القولين. [ت]

يُسْلِمَ أَوَّلاً، ثُمَّ يَسْتَكْشِفَ.

(فَأَمَّا ولَدُ المُرْتَدِّ)، فَإِنْ عَلِقَ قَبْلَ الرِّدَةِ، فَمُسْلِمٌ، وَبَعْدَ الرِّدَّةِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ مُسْلِمٌ؛ لِبَقَاءِ عُلْقَةِ الإِسْلاَمِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ مُرْتَدٌّ.

وَأَمَّا وَلَدُ المُعَاهَدِ، إِذَا تَرَكَهُ عِنْدَنَا فَنُقِرُّهُ بِجِزْيَةٍ، أَوْ يُلْحَقُ بِالمَأْمَنِ، مَهْمَا بَلَغَ.

(وَأَمَّا مِلْكُ المُرْتَدِّ)، فَيَزُولُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيَبْقَىٰ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَهُوَ مَوْقُوفٌ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ، فَيُقْضَىٰ (و) دُيُونُهُ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ في مُدَّةِ الرِّدَّةِ، وَمَا يَلْزَمُهُ بِالإِتْلاَفِ في حَالِ الرِّدَّةِ، هَلْ يُقْضَىٰ مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا نَفَقَةُ القَرِيبِ في دَوَامِ الرِّدَّةِ، وَمَا يَكْتَسِبُهُ في حَالِ الرِّدَّةِ بِٱلاحْتِطَابِ، أَوِ الشِّرَاءِ، أَوْ ٱلاتِّهَابِ، فَجِهَةُ الفَيْءِ فِي حَقِّهِ؛ كَالسَّيِّدِ في حَقِّ العَبْدِ في وُقُوعِ المِلْكِ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَزُولُ مِلْكُهُ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الحَجْرِ، وَهَلْ يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الرِّدَّةِ، أَوْ بِضَرْبِ القَاضِي؟ وَجْهَانِ، ثُمَّ حُكْمُهُ حُكْمُ الفَلَسِ أَو التَّبْذِيرِ؟ وَجْهَانِ، وَإِنْ فَرَّعْنَا عَلَى الوَقْفِ، فَكُلُّ تَصَرُّفٍ لاَ يَقْبَلُ الوَقْفَ، فَهُوَ بَاطِلٌ.

(الجِنَايَةُ الثَّالِثَةُ: الزِّنَا) وَهُوَ جَرِيمَةٌ مُوجِبَةٌ لِلعُقُوبَةِ، وَالنَّظَرُ في طَرَفَيْنِ:

(الأَوَّلُ: في المُوجِبِ وَالمُوجَبِ)، وَالضَّابِطُ أَنَّ إِيلاَجَ الفَرْجِ في الفَرْجِ، المُحَرَّمِ قَطْعاً، المُشْتَهَىٰ طَبْعاً، إِذَا ٱنْتَفَتْ عَنْهُ الشُّبْهَةُ[1] ـ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الرَّجْمِ عَلَى المُحْصَنِ، وَلِوُجُوبِ الجَلْدِ وَالتَّغْرِيبِ عَلَىٰ غَيْرِ المُحْصَنِ.

وَفِي الرَّابِطَةِ قُيُودٌ.

الأَوَّلُ الإِحْصَانُ، وَهُوَ التَّكْلِيفُ، وَالحُرِّيَّةُ، وَالإِصَابَةُ في نِكَاحٍ صَحِيحٍ، أَمَّا بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ، لاَ يُحَصِّنُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ.

وَلاَ يُشْتَرَطُ وُقُوعُ الإِصَابَةِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ وَالتَّكْلِيفِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ[2].

وَلاَ يُشْتَرَطُ الإِحْصَانُ في الوَاطِئَيْنِ، بَلْ إِنْ كَانَ المُحْصَنُ أَحَدُهُمَا، رُجِمَ، وَجُلِدَ الآخَرُ، وَإِنْ

---

(١) قال الرافعي: «إن إيلاج الفَرْج في الفَرْج المحرم قطعاً المشتهى طبعاً إذا انتفت عنه الشبهة» قوله: المحرم قطعاً وقوله: إذا إنتفت عنه الشبهة يقض أحدهما عن الآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يشترط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف على الأظهر» الذي رجحه معظم الأصحاب، وهو ظاهر النص أنه يشترط. [ت]

كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيراً، رُجِمَ البَالِغُ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ في مَحَلِّ الشَّهْوَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ (و)، وَالثَّيِّبُ إِذَا زَنَىٰ بِبِكْرٍ، رُجِمَ وَجُلِدَتْ، وَٱنْتِفَاءُ الإِحْصَانِ يُسْقِطُ الرَّجْم[1]، وَٱنْتِفَاءُ الحُرِّيَّةِ يُسْقِطُ شَطْرَ الجَلْدِ، وَشَطْرَ مُدَّةِ التَّغْرِيبِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ يُغَرَّبُ العَبْدُ سَنَةً.

وَفِي قَوْلٍ لاَ يُغَرَّبُ أَصْلاً؛ نَظَراً لِلسَّيِّدِ، ثُمَّ في أَصْلِ التَّغْرِيبِ مَسَائِلُ:

(إِحْدَاهَا): أَنَّهُ يُغَرَّبُ مَعَ مَحْرَمٍ، وَلَهُ الأُجْرَةُ عَلَيْهَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ.

فَإِنِ ٱمْتَنَعَ، فَهَلْ يَجْبُرُهُ السُّلْطَانُ عَلَى الخُرُوجِ مَعَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ أَمْناً، فَهَلْ يَجُوزُ تَغْرِيبُهَا بِغَيْرِ مَحْرَمٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): لا يُنْقَصُ في مَسَافَةِ الغُرْبَةِ عَنْ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ الخِيَرَةُ في جِهَاتِ السَّفَرِ[2]، وَالغَرِيبُ يَخْرُجُ إِلَىٰ غَيْرِ بَلَدِهِ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى البَلَدِ، لَمْ يُتَعَرَّضْ لَهُ[3].

(الثَّالِثَةُ): لَوْ عَادَ المُغَرَّبُ، أَخْرَجْنَاهُ ثَانِياً، وَلَمْ يُحْسَبِ المُدَّةُ المَاضِيَةُ.

أَمَّا الإِسْلاَمُ فَلَيْسَ مِنْ شَرَائِطِ الإِحْصَانِ، بَلِ الذِّمِّيُّ يُرْجَمُ إِذَا رَضِيَ بِحُكْمِنَا[4]، وَلاَ يُجْلَدُ عَلَى الشُّرْبِ، وَإِنْ كَانَ الحَنَفِيُّ يَجْلِدُ عَلَى النَّبِيذِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ[5](و).

أَمَّا قَوْلُنَا: إِيلاَجُ فَرْجٍ في فَرْجٍ، فَيَتَنَاوَلُ اللِّوَاطَ، وَهُوَ يُوجِبُ قَتْلَ الفَاعِلِ وَالمَفْعولِ بِهِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ (ح).

وَالرَّجْمَ بِكُلِّ حَالٍ؛ عَلَى قَوْلٍ(ح).

وَالتَّعْزِيرَ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَهُوَ كَالزِّنَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ (ح).

وَإِتْيَانُ الأَجْنَبِيَّةِ في دُبُرِهَا لِوَاطٌ.

---

(١) قال الرافعي: «وانتفاء الإحصان يسقط عن الرجم» لا حاجة إليه بعد الضابط المقدم. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإليه الخيرة في جهات السّفر» الظاهر أنه لا يتمكن من العدول عن الجهة التي عينها الإمام. [ت]

(٣) قال الرافعي: «والغريب يخرج إلى غير بلده فإن رجع إلى بلده لم يتعرض له» هذا وجه والأظهر أنه يمنع منه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «بل الذمي يرجم إذا رضي بحكمنا» الظاهر أنه لا يعتبر رضاه. [ت]

(٥) قال الرافعي: «ولا يجلد على الشرب، وإن كان الحنفي يجلد على النبيذ على الأظهر» الصورتان مَعادتان في جناية شرب الخمر وصورة الحنفي أعادها في «الشهادات» أيضاً. [ت]

وَالغُلَامُ المَمْلُوكُ كَغَيْرِ المَمْلُوكِ؛ عَلَى الأَصَحِّ.

وَالمِلْكُ في الجَارِيَةِ وَالزَّوْجَةِ شُبْهَةٌ؛ لأَنَّهَا مَحَلُّ ٱلاسْتِمْتَاعِ.

وَقَوْلُنَا: تُشْتَهَىٰ طَبْعاً، يُبَيِّنُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ بِالإِيلاَجِ في المَيْتَةِ، وَفِي البَهِيمَةِ قَوْلاَنِ: أَصَحُّهُما؛ أَنَّ فِيهِ التَعْزِيرَ.

وَفِي قَوْلٍ يُقْتَلُ البَهِيمَةُ أَيْضاً[1].

ثُمَّ في وُجُوبِ قِيمَتِهَا، إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْكُولَةٍ، وَفِي حِلِّهَا، إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً ــ خِلَافٌ.

وَإِنْ أَوْجَبْنَا الحَدَّ، فَلاَ يَثْبُت (ح) إِلاَّ بِأَرْبَعَةِ عُدُولٍ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا التَّعْزِيرَ، فَيَكْفِي عَدْلاَنِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[2].

وَقَوْلُنَا: مُحَرَّمٌ قَطْعاً، ٱحْتَرَزْنَا بِهِ عَنِ الوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ، وَفِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وَفِي المُتْعَةِ؛ فَإِنَّ الصَّحِيحَ (و) أَنْ لاَ حَدَّ فِيهِ.

وَأَمَّا وَطْءُ الحَائِضِ وَالمُحْرِمَةِ وَالصَّائِمَةِ، فَلاَ حَدَّ فِيهِ قَطْعاً.

وَقَوْلُنَا: لاَ شُبْهَةَ فِيهِ، ٱحْتَرَزْنَا بِهِ عَنْ شُبْهَةٍ في المَحَلِّ وَالفَاعِلِ وَالطَّرِيقِ.

أَمَّا شُبْهَةُ المَحَلِّ، فَأَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً، وَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً بِسَبَبِ رَضَاعٍ، أَوْ نَسَبٍ، أَوْ شَرِكَةٍ، أَوْ تَزْوِيجٍ، أَوْ عِدَّةٍ، فَلاَ حَدَّ؛ عَلَى الجَدِيدِ في جَمِيعِ ذَلِكَ[3].

وأَمَّا في الفَاعِلِ، فَأَنْ يَظُنَّ أَنَّها مَمْلُوكَتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ.

فَأَمَّا في الطَّرِيقِ، فَأَنْ يَخْتَلِفَ العُلَمَاءُ في إِبَاحَتِهِ؛ كَالنِّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ، وَبِلاَ شُهُودٍ وَنِكَاحِ المُتْعَةِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَدْرَأُ الحَدَّ[4]، وَلَوْ نَكَحَ أُمَّهُ، وَوَطِئَهَا حُدَّ؛ كَمَا لَوِ ٱسْتَأْجَرَ لِلزِّنَا أَوْ إِبَاحَةِ

---

(١) قال الرافعي: «وفي قول: تقتل البهيمة أيضاً» المشهور أنه وجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن أوجبنا التعزير، فيكفي عدلان على أحد الوجهين» المسألة معادة من كتاب الشهادات، وفي النكاح الفاسد وفي المتعة. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن كانت محرمة بسبب رضاع أو نسب أو شركة أو عدة أو تزويج فلا حَدّ على الجديد في جميع ذلك» طرد الخلاف في الجارية المشتركة، وجاريته المزوجة، أو المعتدة عن الزوج طريق الأصحاب والأقوى القطع بالمنع في هؤلاء الثلاثة فلا حَدّ على الجديد من جميع ذلك وصف الخلاف بالقديم والجديد ذكره الإمام وصاحب الكتاب، والأكثرون سكتوا عنه، وأرسلوا ذكر القولين بل حكى بعضهم وجوب الحَد عن بعض كتبه الجديدة». [ت]

(٤) قال الرافعي: «كالنكاح بلا ولي وبلا شهود» ونكاح المتعة فالصحيح أن جميع ذلك يدرأ الحد» أي من القولين. [ت]

وقال أيضاً: «النكاح الفاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود وقد ذكرهما مع المتعة في قيد الخُلُوّ عن الشبهة. [ت]

الوَطْءِ (ح).

وَلَوْ زَنَتْ خَرْسَاءُ بِنَاطِقٍ، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ مَكَّنَتِ العَاقِلَةُ مَجْنوناً، أَوْ أَنْكَرَ أَحَدُ الوَاطِئَيْنِ، أَوْ زَنَىٰ بِٱمْرَأَةٍ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا القِصَاصَ، أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ ــ وَجَبَ (ح) الحَدُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي المُكْرَهِ عَلَى الزِّنَا قَوْلاَنِ[1]، وَالمُكْرَهَةُ عَلَى التَّمْكِينِ لا حَدَّ عَلَيْهَا؛ هَذَا هُوَ مُوجِبُ الحَدِّ.

وَلْيَظْهَرْ لِلْقَاضِي بِجَمِيعِ قُيُودِه؛ إِمَّا بِالإِقْرَارِ (ح) أَوِ الشَّهَادَة، وَيَكْفِي الإِقْرَارُ (ح) مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنْ رَجَعَ(م) سَقَطَ الحَدُّ، وَهَلْ يُنزَّلُ ٱلْتِمَاسُهُ تَرْكَ الحَدِّ، أَوْ هَرَبُهُ، أَوِ ٱمْتِنَاعُهُ مِنَ التَّمْكِينِ مَنْزِلَةَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

فَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، لَمْ يَسْقُطْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَفِي سُقُوطِهِ بِالتَّوْبَةِ قَوْلاَنِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَىٰ، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ زِنَاهَا، فَشَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ؛ عَلَىٰ أَنَّهَا عَذْرَاءُ، سَقَطَ الحَدُّ (م)، وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ؛ عَلَىٰ أَنَّهُ زَنَىٰ، وَعَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ زَاوِيَةً مِنَ البَيْتِ، فَلاَ حَدَّ؛ إِذْ لَمْ يَتَّفِقُوا عَلَىٰ فِعْلٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ شَهِدَ ٱثْنَانِ عَلَىٰ أَنَّهُ زَنَىٰ بِهَا مُكْرَهَةً، وَٱثْنَانِ عَلَى أَنَّهُ زَنَىٰ بِهَا مُطَاوِعَةً، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الحَدُّ، وَفِي وُجُوبِهِ عَلَى الرَّجُلِ خِلاَفٌ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ ٱلاسْتِيفَاءِ وَمُتَعَاطِيهِ)، أَمَّا الكَيْفِيَّةُ، فَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الوَالِي، وَإِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ، فَحُضُورُ الشُّهُودِ وَبِدَايَتُهُمْ بِالرَّمْيِ، وَلاَ يَجِبُ (ح) ذَلِكَ، وَلاَ يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ، بَلْ يُنَكَّلُ بِالرَّجْمِ لاَ بِصَخْرَةٍ تُدَفِّفُ، وَلاَ بحَصَيَاتٍ تُعَذِّبُ، بَلْ بِحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضاً، رُجِمَ، وَإِنْ كَانَ الوَاجِبُ الجَلْدَ، أُخِّرَ إِلَى البُرْءِ، وَإِنْ كَانَ مُخْدَجاً لاَ يَحْتَمِلُ السِّيَاطَ، فَيُضْرَبُ بِعِثْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ، ضُرِبَ مَرَّتَيْنِ ضَرْباً مُؤْلِماً، بِحَيْثُ يَتَثَاقَلُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلاَ يُفَرِّقُ ٱلسِّيَاطَ عَلَى الأَيَّامِ، وَإِنِ ٱحْتَمَلَ سِيَاطاً خِفَافاً، فَالقِيَاسُ أَنَّهُ أَوْلَىٰ مِنَ الشَّمَارِيخِ، فَإِنْ ضُرِبَ بِالشَّمَارِيخِ، فَزَالَ مَرَضُهُ عَلَى النُّدُورِ، فَلاَ يُعَادُ الحَدُّ.

ولا يُقَامُ الجَلْدُ فِي فَرْطِ الحَرِّ والبَرْدِ، وَكَذَا الرَّجْمُ (و)، إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ سُقُوطُهُ بِرُجُوعِهِ[2] أَوْ تَوْبَتِهِ، بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى ٱعْتِدَالِ الهَوَاءِ، وَهَذَا التَّأْخِيرُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَكِنْ إِنْ تَرَكَهُ، فَهَلَكَ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَضْمَنُ.

وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ خَتَنَ المُمْتَنِعَ عَنِ الْخِتَانِ فِي الحَرِّ، فَسَرَىٰ، ضَمِنَ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الْخِتَانَ فِي الأَصْلِ لَيْسَ إِلَى الإِمَامِ؛ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ، ٱحْتُمِلَ أَنْ يُقَالَ: التَّأْخِيرُ وَاجِبٌ.

وَأَمَّا مُسْتَوْفِي الحَدِّ، فَهُوَ الإِمَامُ فِي حَقِّ الأَحْرَارِ، وَالسَّيِّدُ فِي حَقِّ الرَّقِيقِ القِنِّ، دُونَ المُكَاتَبِ

---

(١) قال الرافعي: «وفي المكره على الزنا قولان» المشهور وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وكذا الرجم إن كان يتوهم سقوطه برجوعه» هذا وجه، والأظهر أنه لا يؤخر الرجم. [ت]

(و)، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ (و)، وَالمُدَبَّرُ وَأُمُّ الوَلَدِ قِنٌّ، ثُمَّ لِلإمَامِ الاسْتِيفَاءُ أَيْضاً، فَإِنِ اجْتَمَعَ السَّيِّدُ وَالسُّلْطَانُ، فَأَيُّهُمَا أَوْلَىٰ فِيهِ احْتِمَالٌ، وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً التَّعْزِيرُ، وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ وَالفَاسِقِ وَالمُكَاتَبِ اسْتِيفَاءُ الحَدِّ مِنْ عَبِيدِهِمْ؟ فِيهِ خِلاَفٌ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّهُ بِطَرِيقِ الوِلاَيَةِ وَاسْتِصْلاَحِ المِلْكِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ اسْتِصْلاَحاً، لَمْ يَكُنْ لِلمَالِكِ القَتْلُ في الحَدِّ، وَفِي القَطْعِ خِلاَفٌ، ثُمَّ ذَلِكَ كُلُّهُ إِذَا شَاهَدَ السَّيِّدُ زِنَاهُ أَوْ أَقَرَّ، فَإِنْ قَامَتْ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ فَفِي سَمَاعِ البَيِّنَةِ (ح) وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْتَقِلُّ بِالحُكْمِ، فَلاَ أَقَلَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَالِماً بِأَحْكَامِ الحُدُودِ.

وَكُلُّ مَنْ قُتِلَ حَداً أَوْ لِتَرْكِ صَلاَةٍ[1]، غُسِّلَ وَكُفِّنَ، وَصُلِّيَ عَلَيهِ (ح م و)، وَدُفِنَ في مَقَابِرِ المُسْلِمِينَ.

(الْجِنَايَةُ الرَّابِعَةُ: القَذْفُ)، وَهُوَ مُوجِبٌ ثَمَانِينَ جَلْدَةً عَلَى الحُرِّ، وَأَرْبَعِينَ عَلَى الرَّقِيقِ، فَإِنْ قَذَفَهُ مَرَّتَيْنِ، وَقَدْ تَخَلَّلَ الحَدُّ تَعَدَّدَ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، فَفِي التَّدَاخُلِ قَوْلاَنِ (م ز)، وَقَدْ ذَكَرْنا ذَلِكَ مَعَ صُوَرِ القَذْفِ فِي اللِّعانِ، وَفِيهِ مُشَابَهَةُ حُقُوقِ الله تَعَالَىٰ؛ إِذْ لاَ يَسْقُطُ بِإِبَاحَةِ القَذْفِ[2]، وَلاَ يَقَعُ مَوْقِعَهُ، إِذَا اسْتَوْفَاهُ المَقْذُوفُ، وَيَتَشَطَّرُ بِالرِّقِّ؛ وَلَكِنَّ الغَالِبَ حَقُّ الآدَمِّي؛ إِذْ يَسْقُطُ (ح) بِعَفْوِهِ وَيُورَثُ (ح) عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذْفٍ لَيْسَ عَلَىٰ صُورَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ شَهِدَ بِالزِّنَا أَرْبَعَةٌ، فَلاَ حَدَّ، وَإِنْ شَهِدَ ثَلاَثَةٌ، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ شَهِدَ عَبْدٌ أَوْ ذِمِّيٌّ، وَجَبَ حَدُّ القَذْفِ، وَإِنْ شَهِدَ فَاسِقٌ مُعْلِنٌ، فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَ مُكَاتَباً، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَجِبَ، وَإِنْ رَدَّ القَاضِي شَهَادَتَهُمْ؛ لأَدَاءِ اجْتِهَادِهِ إِلَىٰ فِسْقِهِمْ، فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ، ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ، حُدَّ الرَّاجِعُ [و][3] دُونَ المُصِرِّ.

وَقِيلَ فِي المُصِرِّ؛ قَوْلاَنِ.

وَالشَّهَادَةُ هِيَ الَّتِي تُؤَدَّىٰ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَمَا عَدَاهُ قَذْفٌ.

(الجِنَايَةُ الخَامِسَةُ: السَّرِقَةُ)، وَالنَّظَرُ فِي ثَلاَثَةِ أَطْرَافٍ:

(الأَوَّلُ): فِي المُوجِبِ، وَهُوَ السَّرِقَةُ، وَلَهَا ثَلاَثَةُ أَرْكَانٍ.

(الأَوَّلُ: المَسْرُوقُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ نِصَاباً مَمْلُوكاً لِغَيْرِ السَّارِقِ مِلْكاً مُحْتَرَماً تَامّاً مُحَرَزاً لاَ شُبْهَةَ فِيهِ، فَهَذِهِ سِتَّةُ شُرُوطٍ:

(الشَّرْطُ الأَوَّلُ: النِّصَابُ)، وَهُوَ رُبُعُ دِينَارٍ (ح م) مَسْكُوكٍ، وَبِهِ يُقَوَّمُ السِّلَعُ، وَالرُّبُعُ مِنَ

---

(١) قال الرافعي: «وكل من قُتِلَ حدا أو لترك صلاة إلى آخره» صورة تارك الصلاة مذكورة في «الجَنَائز»، ثم في «تارك الصلاة» وهذه مرة ثالثة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفيه مشابهة حقوق الله تعالى إذ لا يسقط بإباحة القذف» هذا وجه، وجواب الأكثرين فيما إذا قال اقذفني فقذف لا حَدَّ. [ت]

(٣) سقط من أ.

الذَّهَبِ الإبريزِ، وَإِذَا لَمْ يُسَاوِ رُبُعاً مَضْرُوباً، فَلاَ حَدَّ فِيهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَيُقْطَعُ فِي خَاتَمٍ وَزْنُهُ سُدُسٌ وَقِيمَتُهُ رُبُعٌ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرَ، ظَنَّهَا فُلُوساً لاَ تَبْلُغُ نِصَاباً قُطِعَ، وَلَوْ سَرَقَ جُبَّةً قِيمتُهَا دُونَ النِّصَابِ، لَكِنْ فِي جَيْبِهَا دِينَارٌ، وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ قُطِعَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ أَخْرَجَ نِصَاباً فِي دُفُعَاتٍ، فَلاَ قَطْعَ؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَتَخَلَّلَ ٱطِّلاَعُ المَالِكِ وَإِعَادَةُ الحِرْزِ، فَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلْ، فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ يُفَرِّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ طُولِ الزَّمَانِ المُتَخَلِّلِ وَقِصَرِهِ.

وَخُرُوجُ البُرِّ مِنْ أَسْفَلِ الكَنْدُوجِ شَيْئاً فَشَيْئاً عَلَى التَّوَاصُلِ أَوْلَىٰ بِأَنْ يُجْعَلَ فِي حُكْمِ دَفْعَةٍ مِنَ المُفَرَّقِ، بَلْ هُوَ كَمَا لَوْ جَرَّ المِنْدِيلَ شَيْئاً فَشَيْئاً، فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، فَلَوْ أَخْرَجَ نِصْفَ المِنْدِيلِ، وَتَرَكَ النِّصْفَ الآخَرَ فِي الحِرْزِ، فَلاَ قَطْعَ، وَإِنْ كَانَ المُخْرَجُ أَكْثَرَ مِنْ نِصَابٍ، وَلَوْ جَمَعَ مِنَ البَذْرِ المَبْثُوثِ فِي الأَرْضِ المُحَرَّزَةِ مَا بَلَغَ نِصَاباً، قُطِعَ عَلَى الصَّحِيحِ، لأَنَّ الكُلَّ كَحِرْزٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يَكُنْ، كَمَا لَوْ أَخْرَجَ نِصَاباً مِنْ حِرْزَيْنِ، وَلَوِ ٱشْتَرَكَ رَجُلاَنِ فِي حَمْلِ مَا دُونَ النِّصَابِ، لَمْ يُقْطَعَا، وَلَوْ بَلَغَ نِصْفَ دِينَارٍ، قُطِعَا، وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ القِيمَةُ بَالِغَةً نِصَاباً قَطْعاً، لاَ بِٱجْتِهَادِ المُقَوِّمِ.

(الشَّرْطُ الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِغَيْرِ السَّارِقِ، وَلَوْ سَرَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ مِنَ المُرْتَهِنِ أَوِ المُسْتَأْجِرِ، فَلاَ قَطْعَ، وَلَوْ طَرَأَ المِلْكُ بِإِرْثٍ قَبْلَ الخُرُوجِ مِنَ الحِرْزِ، فَلاَ قَطْعَ، وَبَعْدَهُ لاَ يُؤَثِّرُ (ح)؛ وَكَذَلِكَ نُقْصَانُ القِيمَةِ بِالأَكْلِ، وَالإِتْلاَفُ قَبْلَ الإِخْرَاجِ يُؤَثِّرُ وَبَعْدَهُ لاَ، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ سَرَقْتُ مِلْكِي، سَقَطَ القَطْعُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ[1]؛ عَلَى النَّصِّ؛ لأَنَّهُ صَارَ خَصْماً فِي المَالِ، فَكَيْفَ يُقْطَعُ بِحَلِفِ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَ المَسْرُوقُ مِنْهُ: هُوَ لَكَ، فَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ، فَلاَ قَطْعَ، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ شَرِيكِي فِي السَّرِقَةِ، فَلاَ قَطْعَ، وَلَوْ أَنْكَرَ شَرِيكُهُ، لَمْ يُقْطَعِ المُدَّعِي، وَفِي المُنْكِرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ العَبْدُ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ سَيِّدِي، فَلاَ قَطْعَ، وَإِنْ كَذَّبَهُ السَّيِّدُ.

(الشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ مُحْتَرَماً)؛ فَلاَ قَطْعَ عَلَىٰ سَارِقِ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ، وَلاَ عَلَىٰ سَارِقِ الطُّنْبُورِ، وَالمَلاَهِي، وَالأَوَانِي الذَّهَبِيَّةِ الَّتِي يَجُوزُ كَسْرُهَا، إِنْ قَصَدَ السَّارِقُ بِإِخْرَاجِهَا الكَسْرَ، وَإِنْ قَصَدَ السَّرِقَةَ، وَرُضَاضُهَا نِصَابٌ، فَوَجْهَانِ.

(الشَّرْطُ الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ المِلْكُ تَامّاً[2] قَوِيّاً، وَلَوْ كَانَ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ، وَلَوْ بِجُزْءٍ يَسِيرٍ، فَلاَ يُقْطَعُ؛ كَمَا لَوْ سَرَقَ أَلْفَ دِينَارٍ، وَلَهُ مِنْهُ وَزْنُ دِينَارٍ شَائِعٍ.

وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ الشَّرِيكِ قَدْرَ نِصَابٍ، فَيَجِبُ عَلَىٰ مَنْ سَرَقَ نِصْفَ دِينَارٍ

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال السارق: سرقت ملكي سقط القطع بمجرد دعواه» المسألة معادة في آخر النظر الثاني من السرقة، مع زيادة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أن يكون المِلْك تامّاً» بيّن في «الوسيط» أنه قصد بقيد التمام الاحتراز عما إذا كان للسَّارق شركة في المسروق، لكن في الشرط الثاني، وهو كون المال مملوكاً لغير السَّارق ما يغني عنه لأنه لا يصدق أن يقال أن المشترك مملوك لغير السارق، وكما إذا كان للسارق فيه حق كمال بيت المال، لكن في الشرط الخامس وهو كون المال خارجاً عن الشبهة استحقاق السارق ما يغني عنه. [ت]

مُشْتَرَكٍ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَابِلاً لِلقِسْمَةِ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَىٰ مِقْدَارِ حَقِّهِ، حُمِلَ قِسْمَةً فَاسِدَةً، وَلَمْ يُقْطَعْ، وَإِلاَّ قُطِعَ، أَمَّا مَا لِلسَّارِقِ فِيهِ حَقٌّ، كَمَا لِبَيْتِ المَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: لاَ يُقْطَعُ بِحَالٍ.

وَالثَّانِي: لاَ يُقْطَعُ، إِنْ كَانَ مُتَّصِفاً بِصِفَةِ ٱلاسْتِحْقَاقِ.

وَأَمَّا ٱلابْنُ، فَلاَ يُقْطَعُ بِسَرِقَةِ مَالِ أَبِيهِ[1]، وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ النَّفَقَةَ، وَإِنْ كَانَ غَنِيّاً، وَيُقْطَعُ بِسَرِقَةِ بَابِ المَسْجِدِ وَأَجْذَاعِهِ، وَفِي فُرُشِهِ وَجْهَانِ، وَفِي قَنْدِيلِهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يُقْطَعَ، وَفِي سَرِقَةِ المَوْقُوفِ وَالمُسْتَوْلَدَةِ وَجْهَانِ؛ لِضَعْفِ المِلْكِ.

(الشَّرْطُ الخَامِسُ): كَوْنُ المَالِ خَارِجاً عَنْ شُبْهَةِ ٱسْتِحْقَاقِ السَّارِقِ، فَالقَطْعُ عَلَىٰ مُسْتَحِقِّ الدَّيْنِ، إِذَا سَرَقَ مِنْ غَرِيمِهِ المُمَاطِلِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَإِنْ سَرَقَ غَيْرَ جِنْسِ حَقِّهِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُمَاطِلاً، قُطِعَ (و)، وَلاَ يُقْطَعُ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ عَلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ بِالبَعْضِيَّةِ، وَفِي الزَّوْجَةِ خِلاَفٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تُقْطَعُ الزَّوْجَةُ، فَيُقْطَعُ الزَّوْجُ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ، فَفِي الزَّوْجِ [خِلاَفٌ][2]؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ ٱلاتِّحَادِ العُرْفِيِّ، وَإِنْ قُلْنَا: لا يُقْطَعُ فَفِي عَبْدِ الزَّوْجِ وَجْهَانِ، وَلاَ شَكَّ فِي أَنَّ وَلَدَ الزَّوْجِ يُقْطَعُ؛ إِذْ يُقْطَعُ وَلَدُ الأَبِ، وَهُوَ الأَخُ.

وَمِنَ الشُّبْهَةِ المُؤَثِّرَةِ ظَنُّ السَّارِقِ مِلْكَ المَسْرُوقِ، أَوْ مِلْكَ الحِرْزِ، أَوْ كَوْنَ المَسْرُوقِ مِلْكَ أَبِيهِ وَلَيْسَ مِنَ الشُّبْهَةِ كَوْنُ الشَّيْءِ مُبَاحَ الأَصْلِ؛ كَالحَطَبِ، وَلاَ كَوْنُهُ(ح) رَطْباً؛ كَالفَوَاكِهِ وَلاَ كَوْنُهُ(ح) مُتَعَرِّضاً لِلفَسَادِ، كَالمَرَقَةِ، وَالجَمْدِ، وَالشَّمْعِ المُشْتَعِلِ، وَمَنْ قُطِعَ فِي عَيْنٍ مَرَّةً، فَسَرَقَ مَرَّةً أُخْرَىٰ، قُطِعَ ثَانِياً، وَيُقْطَعُ بِسَرِقَةِ المَالِ مِنْ يَدِ المُودَعِ وَالوَكِيلِ وَالمُرْتَهِنِ، وَيُقْطَعُ بِسَرِقَةِ (ح و) المَاءِ، إِذَا قُلْنَا: أنه مَمْلُوكٌ.

(الشَّرْطُ السَّادِسُ): كَوْنُهُ مُحَرَّزاً، وَهُوَ مَا عَلَىٰ سَارِقِهِ خَطَرٌ؛ لِكَوْنِهِ مَلْحُوظاً غَيْرَ مُضَيَّعٍ؛ إِمَّا بِلَحَاظٍ دَائِمٍ، إِنْ لَمْ يَكُنِ المَوْضِعُ حَصِيناً؛ كَالمَتَاعِ المَوْضُوعِ فِي صَحْرَاءَ، أَوْ بِلَحَاظٍ مُعْتَادٍ، إِنْ كَانَ فِي المَوْضِعِ حَصَانَةٌ؛ كَالحَوَانِيتِ وَالدُّورِ، وَالمُحَكَّمُ فِيهِ العُرْفُ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَى): الإِصْطَبْلُ حِرْزٌ لِلدَّوَابِّ، لاَ لِلثِّيَابِ وَعَرَصَةُ الدَّارِ حِرْزٌ لِلأَوَانِي وَثِيَابِ البَذْلَةِ، لاَ لِلنُّقُودِ وَالحُلِيِّ، وَالمُحَرَّزُ مَا لاَ يُعَدُّ صَاحِبُهُ مُضَيِّعاً.

---

(١) قال الرافعي: «وأما الابن فلا يقطع بسرقة مال أبيه إلى آخر المسألة» مذكورة في الشرط الخامس، والمقصود ها هنا الإشارة إلى الفرق بين الابن حيث لا يقطع، وإن لم يكن بصفة الاستحقاق لغناه، وبين مال بيت المال فإنما لا يقطع سارقه بشرط أن يكون بصفة الاستحقاق وإذا كان المقصود هذا فلا حاجة إلى أن يقول: وكل من يستحق النفقة. [ت]

(٢) في أ: قولان.

(الثَّانِيَةُ): المَوْضُوعُ في الشَّارِعِ وَالمَسْجِدِ مُحَرَّزٌ بِلِحَاظِ صَاحِبِهِ؛ بِشَرْطِ أَلاَّ يَنَامَ وَلاَ يُوَلِّيَهُ ظَهْرَهُ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَلاَّ يَكُونَ زِحَامٌ يَشْغَلُ الحِسَّ عَنْ حِفْظِ المَتَاعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالمَلْحُوظُ بِعَيْنِ الضَّعِيفِ في الصَّحْرَاءِ لَيْسَ مُحَرَّزاً، إِذَا كَانَ لاَ يُبَالِي بِهِ، وَالمَحْفُوظُ في قَلْعَةٍ مُحْكَمَةٍ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلْحُوظاً لَيْسَ بِمُحَرَّزٍ.

(الثَّالِثَةُ): الدَّارُ بِاللَّيْلِ مُحَرَّزٌ، وَلَوْ نَامَ فِيهَا صَاحِبُهَا، إِنْ كَانَ البَابُ مُغْلَقاً، وَإِنْ كَانَ مَفْتُوحاً، فَضَائِعٌ، وَبِالنَّهَارِ قَدْ يُعْتَمَدُ بِلِحَاظِ الْجِيرَانِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا أَطْرَافُ الحَوَانِيتِ مُحَرَّزَةٌ بِأَعْيُنِ الْجِيرَانِ وَالمَارَّةِ، وَإِنْ غَابَ عَنْهَا صَاحِبُهَا، أَوْ نَامَ، وَلَوْ تَغَفَّلَ السَّارِقُ صَاحِبَ الدَّارِ، وَهُوَ مُتَيَقِّظٌ، وَالبَابُ مَفْتُوحٌ، وَهُوَ يَتَرَدَّدُ في الدَّارِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوِ ٱدَّعَى السَّارِقُ؛ أَنَّهُ نَامَ، وَضَيَّعَ، سَقَطَ القَطْعُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ؛ كَمَا في دَعْوَى المِلْكِ.

(الرَّابِعَةُ): الْخِيَامُ لَيْسَتْ كَالدُّورِ في الحَصَانَةِ، فَيُفْتَقَرُ إِلَىٰ زِيَادَةِ لِحَاظٍ، وَلَكِنْ لإِحْكَامِ الرَّبْطِ وَتَنْضِيضِ الأَمْتِعَةِ تَأْثِيرٌ في ٱلاسْتِغْنَاءِ عَنْ دَوَامِ اللِّحَاظِ، وَالدَّوَابُّ مُحَرَّزَةٌ بِنَظَرِ الرَّاعِي فِي الصَّحْرَاءِ، إِذَا كَانَ عَلَىٰ نَشْزٍ، وَالْقِطَارُ مُحَرَّزٌ بِالقَائِدِ في صَحْرَاءَ خَالٍ، أَوْ سِكَّةٍ مُسْتَوِيَةٍ، وَهُوَ تِسْعَةٌ مِنَ الإِبِلِ، فَإِنْ كَانَ لاَ يُلاَحِظُ مَا وَرَاءَهُ، فَالمُحَرَّزُ بِالقَائِدِ الأَوَّلُ، وَبِالرَّاكِبِ مَرْكُوبُهُ وَمَا أَمَامَهُ وَوَاحِدٌ مِنْ خَلْفِهِ، وَبِالسَّائِقِ جَمِيعُ مَا أَمَامَهُ.

(الخَامِسَةُ): لاَ قَطْعَ عَلَى النَّبَّاشِ في تُرْبَةٍ ضَائِعَةٍ، وَيُقْطَعُ (ح و) إِذَا سَرَقَ الكَفَنَ مِنْ قَبْرٍ في بَيْتٍ مُحَرَّزٍ مَحْرُوسٍ[1]، وَمِنْ مَقَابِرِ البِلاَدِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ يَجِبُ، فَفِي الثَّوْبِ المَوْضُوعِ مَعَ الْكَفَنِ وَالمَلْفُوفِ زِيَادَةً عَلَى العَدَدِ الشَّرْعِيِّ وَجْهَانِ، ثُمَّ الكَفَنُ لِلوَارِثِ، فَهُوَ الْخَصْمُ في السَّرِقَةِ، فَإِنْ كَفَّنَهُ أَجْنَبِيٌّ، فَالطَّلَبُ (و) لِلأَجْنَبِيِّ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا كَانَ الْحِرْزُ مِلْكاً لِلسَّارِقِ، وَلَكِنَّهُ في يَدِ المَسْرُوقِ مِنْهُ بِإِجَارَةٍ، قُطِعَ (ح)، وَإِنْ كَانَ بِغَصْبٍ، لَمْ يُقْطَعْ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ حِرْزاً في حَقِّهِ، وَهَلْ تَكُونُ الدَّارُ المَغْصُوبَةُ حِرْزاً عَنْ غَيْرِ المَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَارِيَةً، فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الرُّجُوعَ بِالدُّخُولِ أَوْلاَ يَقْصِدَ؛ كَمَا يُفَرَّقُ فِيمَنْ وَطِىءَ حَرْبِيَّةً بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ ٱلاسْتِيلاَءَ، أَوْ لاَ يَقْصِدَ في نَسَبِ وَلَدِهِ، وَلَوْ كَانَ في الْحِرْزِ مَالٌ مَغْصُوبٌ لِلسَّارِقِ، فَأَخَذَ غَيْرَ المَغْصُوبِ، فَفِي القَطْعِ وَجْهَانِ، لِشُبْهَةِ جَوَازِ الدُّخُولِ، وَإِنْ جَوَّزْنَا لِلأَجْنَبِيِّ ٱنْتِزَاعَ المَغْصُوبِ لِلْحِسْبَةِ، جَرَىٰ فِيهَا الوَجْهَانِ أَيْضاً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: نَفْسُ السَّرِقَة، وهي الإِخْرَاجُ) وَالنَّظَرُ في ثَلاَثَةِ أَطْرَافٍ.

(الأَوَّلُ): فِي إِبْطَالِ الْحِرْزِ، وَهُوَ بِالنَّقْبِ وَفَتْحِ البَابِ، وَإِنْ نَقَبَ وَعَادَ لِلإِخْرَاجِ لَيْلَةً أُخْرَىٰ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُقْطَعُ إِلاَّ إِذَا ٱطَّلَعَ المَالِكُ وَأَهْمَلَ، وَلَوْ أَخْرَجَ غَيْرُهُ، فَلاَ قَطْعَ (و) عَلَيْهِمَا، وَإِنْ تَعَاوَنَا حَتَّىٰ يَشْتَرِكَا فِي النَّقْبِ وَالإِخْرَاجِ، قُطِعَا، وَإِنِ ٱشْتَرَكَا فِي النَّقْبِ وَٱنْفَرَدَ وَاحِدٌ بِالإِخْرَاجِ،

(١) قال الرافعي: «في بيت محرز محروس» الجمع بين اللفظين تأكيد. [ت]

فَالقطْعُ عَلَيْهِ خاصَّةً، وَلَوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ في النَّقْبِ سُدساً، وَالآخَرُ ثُلُثاً، فَلاَ قَطْعَ إِلاَّ عَلَىٰ صَاحِبِ الثُّلُثِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ (و) في ٱلاشْتِرَاكِ في النَّقْبِ التَّحَامُلُ عَلَىٰ آلَةٍ وَاحِدَةٍ، بَلِ التَّعَاقُبُ في الضَّرْبِ شَرِكَةٌ؛ بِخِلاَفِ قَطْعِ اليَدِ في القِصَاصِ، وَلَوْ دَخَلَ أَحَدُهُمَا، وَأَخْرَجَ المَالَ إِلَىٰ بَابِ الْحِرْزِ، فَأَدْخَلَ الآخَرُ يَدَهُ، وَأَخَذَهُ، فَعَلَيْهِ القَطْعُ، لاَ عَلَى الأَوَّلِ، وَإِنْ وَضَعَ الأَوَّلُ خَارِجَ الْحِرْزِ، فَعَلَيْهِ (ح) لاَ عَلَى الآخِذِ، وَإِنْ وَضَعَ عَلَىٰ وَسَطِ النَّقْبِ، وَأَخَذَ الآخَرُ، فَقَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

(والثَّانِي): أَنَّهُ لاَ شَيْءَ عَلَيْهِمَا.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في وَجُوهِ النَّقْلِ)، فَلَوْ رَمَى المَالَ إِلَىٰ خَارِجِ الْحِرْزِ، قُطِعَ، أَخَذَهُ أَوْ تَرَكَهُ، وَلَوِ ٱسْتَخْرَجَ مِنَ الْحِرْزِ بِمِحْجَنٍ، قُطِعَ، وَلَوْ أَكَلَ في الْحِرْزِ، لَمْ يُقْطَعْ، وَلَوِ ٱبْتَلَعَ دُرَّةً في الْحِرْزِ، فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ في الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا بَعْدَ ٱلانْفِصَالِ عَنْهُ وَبَيْنَ أَلاَّ يَقْصِدَ ذَلِكَ، وَلَوْ وَضَعَ المَتَاعَ عَلَى المَاءِ، حَتَّىٰ جَرَىٰ بِهِ إِلَىٰ خَارِجِ الْحِرْزِ، قُطِعَ (و)، وَكَذَلِكَ (و) لَوْ فَتَحَ أَسْفَلَ الْكَنْدُوجِ، حَتَّى ٱنْصَبَّ، وَلَوْ وَضَعَ عَلَىٰ ظَهْرِ دَابَّةٍ، فَخَرَجَتْ، قِيلَ: لاَ يُقْطَعُ؛ لاخْتِيَارِ الدَّابَّةِ.

وَقِيلَ: إِنْ سَارَتْ عَلَى الفَوْرِ، قُطِعَ وَإِلاَّ، فَوَجْهَانِ.

وَقِيلَ بِالعَكْسِ، وَهُوَ تَرَدُّدٌ في أَنَّ التَّسَبُّبَ، هَلْ يَكْفِي لِلقَطْعِ؟

وَلَوْ أَخْرَجَ شَاةً، فَتَبِعَتْهَا سَخْلَتُهَا أَوْ غَيْرُهَا، خُرِّجَ عَلَى الخِلاَفِ؛ لاخْتِيَارِ الدَّابَّةِ.

وَلَوْ حَمَلَ عَبْداً صَغِيراً مِنْ حَرِيمِ دَارِ سَيِّدِهِ، قُطِعَ؛ لأَنَّهُ حِرْزُهُ إِلاَّ أَنْ يَبْعُدَ عَنْهُ، فَلَوْ دَعَاهُ وَخَدَعَهُ، فَهُوَ مُمَيِّزٌ، فَلاَ قَطْعَ، وَإِلاَّ فَهُوَ كَالبَهِيمَةِ، وَلَوْ أُكْرِهَ المُمَيِّزُ بِالسَّيْفِ عَلَى الخُرُوجِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَمَلَ عَبْداً قَوِيّاً، فَلَمْ يَمْتَنِعْ، فَلاَ قَطْعَ إِذْ حِرْزُهُ قُوَّتُهُ وَهُوَ مَعَهُ وَكَذَا إِنْ كَانَ نَائِماً، وَلَوْ حَمَلَ حُرّاً، وَمَعَهُ ثِيَابُهُ، فَفِي دُخُولِ الثِّيَابِ تَحْتَ يَدِهِ نَظَرٌ، فَإِنْ كَانَ قَوِيّاً، لَمْ تَدْخُلْ (و)، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفاً، تَدْخُلُ (و)، وَهَلْ يَكُونُ سَارِقاً؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَامَ عَلَى البَعِيرِ، وَعَلَيْهِ أَمْتِعَةٌ، وَأَخَذَ السَّارِقُ زِمَامَهُ؛ حَتَّىٰ أَخْرَجَهُ مِنَ القَافِلَةِ، فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ القَوِيِّ وَالضَّعِيفِ، وَفِي الرَّابِعِ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: في مَحَلِّ المَنْقُولِ إِلَيْهِ)، وَلاَ يُقْطَعُ بِالنَّقْلِ مِنْ زَاوِيَةِ الْحِرْزِ إِلَىٰ زَاوِيَةٍ أُخْرَىٰ، وَلَوْ نَقَلَ مِنَ البَيْتِ إِلَىٰ صَحْنِ الدَّارِ، وَهُوَ أَيْضاً مُحَرَّزٌ، فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ العَرْصَةُ حِرْزاً لَهُ، وَمَا لَيْسَ حِرْزاً لَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ مِنْ حُجْرَةِ الخَانِ إِلَى العَرْصَةِ، فَهُوَ كَعَرْصَةِ الدَّارِ، إِذَا كَانَ مُحَرَّزاً، وَإِلاَّ فَكَالشَّارِعِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحَرَّزاً، وَالسِّكَّةُ المُنْسَدَّةُ الأَسْفَلِ؛ كَالشَّارِعِ لاَ كَعَرْصَةِ الخَانِ، وَعَرْصَةُ الخَانِ أَيْضاً حِرْزٌ لِبَعْضِ الأَمْتِعَةِ أَيْضاً، لَكِنْ فِي حَقِّ السُّكَّانِ لَيْسَ بِحِرْزٍ، وَلاَ قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ، إِذَا سَرَقَ؛ إِذْ لَيْسَ مُحَرَّزاً عَنْهُ، وَكَذَا الجَارُ إِذَا سَرَقَ مِنْ طَرَفِ حَانُوتِ الجَارِ؛ حَيْثُ يُحَرَّزُ بِلِحَاظِ ٱلْجِيرَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّارِقُ)، وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَٱلالْتِزَامُ، فَلاَ قَطْعَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَيَجِبُ عَلَى الذِّمِّيِّ، ثُمَّ يُسْتَوْفَى قَهراً، لَوْ سَرَقَ مَالَ مُسْلِمٍ، وَإِنْ سَرَقَ مَالَ ذِمِّيٍّ، فَإِذَا تَرَافَعُوا وَإِذَا زَنَىٰ بِمُسْلِمَةٍ، رُجِمَ قَهراً، وَإِنْ كَانَ الحَدُّ لِلَّهِ تَعَالَىٰ.

أَمَّا المُعَاهَدُ، فَثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ كَالذِّمِّيِّ.

(وَالثَّانِي): لاَ يُقْطَعُ أَصْلاً.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقْطَعُ إِنْ شُرِطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ في العَهْدِ.

وَلَوْ زَنَىٰ بِمُسْلِمَةٍ، فَفِي الحَدِّ طَرِيقَانِ:

قِيلَ: كَالسَّرِقَةِ.

وَقِيلَ: لاَ يُقَامُ قَطْعاً؛ لأَنَّهُ لاَ خُصُومَةَ للآدَمِيِّ فِيهِ.

وَيَسْتَوِي في القَطْعِ المَرْأَةُ وَالرَّجُلُ، وَالعَبْدُ وَالحُرُّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي مِنَ الكِتَابِ: في إِثْبَاتِ السَّرِقَةِ وَحُجَّتِهَا):

وَتَثْبُتُ باليَمِينِ المَرْدُودَةِ، وَيَبْعُدُ إِيجَابُ الرَّجْمِ بِاليَمِينِ المَرْدُودَةِ في الزِّنَا بِالجَارِيَةِ المَمْلُوكَةِ.

وَتَثْبُتُ أَيْضاً بِالإِقْرَارِ مَعَ الإِصْرَارِ، فَإِنْ رَجَعَ، لَمْ يَسْقُطِ الغُرْمُ، وَفِي سُقُوطِ القَطْعِ قَوْلاَنِ[1].

وَقِيلَ: يَسْقُطُ القَطْعُ.

وَفِي سُقُوطِ الغُرْمِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَوْلاَنِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِٱسْتِكْرَاهِ جَارِيَةٍ عَلَى الزِّنَا، ثُمَّ رَجَعَ، سَقَطَ الحَدُّ، وَلاَ يَسْقُطُ المَهْرُ، وَلَوْ أَقَرَّ السَّارِقُ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ، فَهَلْ يُقْطَعُ في الحَالِ، أَوْ يُنْتَظَرُ طَلَبُ المَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يُنْتَظَرُ سَيِّدُ الجَارِيَةِ، إِذَا أَقَرَّ بِالزِّنَا بِهَا مَعَ الإِكْرَاهِ؛ لأَنَّ مَالِكَ الجَارِيَةِ، لَوْ قَالَ: كُنْتُ مَلَكْتُكَ قَبْلَ هَذَا، فَكُذِّبَ، لَمْ يَسْقُطِ الحَدُّ، وَبِمِثْلِهِ يَسْقُطُ الحَدُّ في السَّرِقَةِ؛ إِذْ يُقْطَعُ بِطَلَبِ المَالِكِ؛ هَذَا في الحُرِّ.

أَمَّا العَبْدُ، إِذَا أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ تُوجِبُ القَطْعَ، قُطِعَ، وَهَلْ يُقْبَلُ في المَالِ؟ فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا) أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ لانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

(وَالثَّانِي): لاَ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ، إِنْ كَانَ المَسْرُوقُ في يَدِهِ، فَإِنْ تَلِفَ، فَلاَ.

---

(١) قال الرافعي: «وفي سقوط القطع قولان» الأشهر وجهان، وكذا حال قوله، ومن سقوط الغرم بالتبعية قولان فإذا حضر المسروق منه بعد شهادة الحسبة، وطلب قُطِعَ أي إذا سمعنا شهادة الحسبة في السرقة. [ت]

(وَالرَّابِعُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ عَلَى المُتْلِفِ؛ إِذْ لاَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ إِلاَّ قَدْرُ قِيمَةِ العَبْدِ.

وَأَمَّا الأَعْيَانُ، فَقَبُولُ قَوْلِهِ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالسَّيِّدِ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ، لَمْ يُقْبَلْ فِي المَالِ عَلَى السَّيِّدِ قَطْعاً، وَلِلْقَاضِي أَنْ يُشِيرَ عَلَى السَّارِقِ؛ تَعْرِيضاً بِإِنْكَارِ السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ، وَلَمْ يَصِحَّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: «أَسَرَقْتَ، قُلْ: لاَ»، وَبَعْدَ الإِقْرَارِ لاَ يَحُثُّهُ عَلَى الرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا السَّتْرُ قَبْلَ الظُّهُورِ.

وَالحُجَّةُ الثَّالِثَةُ لِلسَّرِقَةِ الشَّهَادَةُ، وَتَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَآمْرَأَتَانِ، ثَبَتَ الغُرْمُ دُونَ القَطْعِ، وَلاَ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ مُطْلَقاً، بَلْ لاَ بُدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ؛ وَكَذَا شَهَادَةُ الزِّنَا، أَمَّا القَذْفُ المُطْلَقُ، فَمُوجِبٌ لِلْحَدِّ، وَالإِقْرَارُ بِالزِّنَا المُطْلَقِ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَإِذَا قَامَتْ شَهَادَةُ حِسْبَةٍ عَلَى السَّرِقَةِ فِي غَيْبَةِ المَالِكِ، سُمِعَتْ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)؛ كَمَا فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَلَكِنَّ النَّصَّ أَنَّهُ لاَ يُقْطَعُ حَتَّى يَحْضُرَ، وَلَوْ قَامَتْ فِي الزِّنَا بِجَارِيَةٍ، حُدَّ دُونَ حُضُورِ المَالِكِ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَإِذَا حَضَرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ بَعْدَ شَهَادَةِ الحِسْبَةِ، وَطَلَبَ، قُطِعَ، وَلاَ تُسْتَأْنَفُ الشَّهَادَةُ لأَجْلِ الغُرْمِ[1]، بَلْ يَثْبُتُ تَابِعاً، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُسْمَعُ فِي السَّرِقَةِ شَهَادَةُ الحِسْبَةِ، فَيُعَادُ لأَجْلِ المَالِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لاَ يُعَادُ لأَجْلِ القَطْعِ، إِذَا سُمِعَ مَرَّةً، وَدَعْوَى السَّارِقِ ٱلْمِلْكَ بَعْدَ البَيِّنَةِ يَدْفَعُ القَطْعَ، إِنْ لَمْ يُكَذِّبِ الشَّاهِدَ؛ بِأَنْ قَالَ: كَانَ قَدْ وُهِبَ مِنِّي قَبْلَ السَّرِقَةِ، وَالشَّاهِدُ ٱعْتَمَدَ الظَّاهِرَ، وَلَوْ نَفَىٰ أَصْلَ مِلْكِ المَسْرُوقِ مِنْهُ، وَقُلْنَا: لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ المُدَّعِي بَعْدَ البَيِّنَةِ، لَمْ يَنْدَفِعْ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ تَحْلِيفُهُ، ٱحْتَمَلَ دَفْعَ القَطْعِ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي الوَاجِبِ)، وَهُوَ القَطْعُ، وَرَدُّ المَالِ، أَوِ الغُرْمُ (ح م)، إِنْ كَانَ تَالِفاً، ثُمَّ يُقْطَعُ اليُمْنَىٰ مِنَ الكُوعِ، فَإِنْ عَادَ، قُطِعَ رِجْلُهُ اليُسْرَىٰ، فَإِنْ عَادَ، فَيَدُهُ اليُسْرَىٰ (ح)، فَإِنْ عَادَ، فَرِجْلُهُ اليُمْنَىٰ (ح)، فَإِنْ عَادَ، عُزِّرَ، وَلَمْ يُقْتَلْ (و)، وَيُغْمَسُ مَحَلُّ القَطْعِ فِي الزَّيْتِ المَغْلِيِّ؛ لِتَحْسَمَ السِّرَايَةُ، وَلَيْسَ (و) ذَلِكَ مِنَ الحَدِّ؛ بَلْ نَظَراً لِلْمَقْطُوعِ، وَعَلَيْهِ (و) مُؤْنَتُهُ، وَإِنْ رَأَى الإِمَامُ، عَلَّقَ يَدَهُ فِي رَقَبَتِهِ ثَلاَثاً؛ لِلتَّنْكِيلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ يَدِهِ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ، قَطَعْنَاهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً أَوْ شَلاَّءَ، ٱكْتَفَيْنَا(و) بِهَا مَا بَقِيَ أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلاَّ الكَفُّ، فَهَلْ يُقْنَعُ بِهِ أَمْ يُعْدَلُ إِلَى الرِّجْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لاَ يَمِينَ لَهُ، إِذَا سَرَقَ، قُطِعَ رِجْلُهُ اليُسْرَىٰ، وَإِنْ سَرَقَ، فَسَقَطَ يُمْنَاهُ بِآفَةٍ، سَقَطَ (و) الحَدُّ، فَلَوْ بَادَرَ الجَلاَّدُ، فَقَطَعَ اليَدَ اليُسْرَىٰ عَمْداً، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَالحَدُّ بَاقٍ (ح)، وَإِنْ غَلِطَ سَقَطَ بِهِ الحَدُّ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَبَقِيَ الحَدُّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ كَانَ عَلَى المِعْصَمِ كَفَّانِ، قَطَعْنَا

---

(١) قال الرافعي: «ولا تستأنف الشهادة لأجل الغُرم» هذا وجه والأصح عند صاحب التهذيب وغيره أنها تستأنف؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال. [ت]

الأَصْلِيَّةَ، إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلاَّ قَطَعْنَاهُمَا.

(الجِنَايَةُ السَّادِسَةُ: قَطْعُ الطَّرِيقِ)، وَالنَّظَرُ في ثَلاَثَةِ أَطْرَافٍ:

(الأَوَّلُ: صِفَتُهُمْ)، وَهِيَ الشَّوْكَةُ، وَالبُعْدُ مِنَ الغَوْثِ، وَمَنْ لاَ شَوْكَةَ لَهُ، فَهُوَ مُخْتَلِسٌ، فَيُعَزَّرُ، وَمِنَ الشَّوْكَةِ أَنْ يَعْتَمِدَ القُوَّةَ في مُغَالَبَةِ المُسَافِرِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِ الذُّكُورَةُ (ح)، وَلاَ شَهْرُ السِّلاَحِ (ح)، وَلاَ العَدَدُ، بَلِ المَرْأَةُ الوَاحِدَةُ، لَوْ غَالَبَتْ بِفَضْلِ قُوَّةٍ، فَهِيَ قَاطِعَةُ طَرِيقٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ شَوْكَةٌ وَلَكِنِ ٱسْتَسْلَمَ الرِّفَاقُ، فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ تَقَاوَمَ الفَرِيقَانِ، وَتَقَاتَلُوا، فَأَخَذُوا المَالَ، فَهُمْ قُطَّاعٌ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا عَلَىٰ أَخْذِ المَالِ بَعْدَ المُقَاطَعَةِ، فَهُمْ قُطَّاعٌ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، أَمَّا البُعْدُ عَنِ الغَوْثِ، فَيُعْتَبَرُ؛ لأَنَّهُ عَلَىٰ قُرْبِ العُمْرَانِ يُعْتَمَدُ عَلَى الهَرَبِ دُونَ الشَّوْكَةِ، إِلاَّ أَنْ تَضْعُفَ قُوَّةُ السُّلْطَانِ، فَمَنْ أَخَذَ في البَلَدِ مَالاً بِالمُغَالَبَةِ، فَهُوَ قَاطِعُ طَرِيقٍ (ح م)، وَلَوْ دَخَلَ دَاراً بِاللَّيْلِ، وَأَخَذَ المَالَ بِالمُكَابَرَةِ، وَمَنَعَ مِنَ ٱلاسْتِغَاثَةِ في وَقْتِ قُوَّةِ السُّلْطَانِ، فَهُوَ سَارِقٌ، أَوْ قَاطِعُ طَرِيقٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي في العُقُوبَةِ)، فَإِنِ اقتصرَ القَاطِعُ عَلَى أَخْذِ نِصَابٍ، فَيُقْطَعُ يَدُهُ اليُمْنَى، ورِجْلُهُ اليُسْرَى فَإِنْ عَادَ قُطِعَتِ اليَدُ اليُسْرَىٰ وَالرِّجْلُ اليُمْنَىٰ، وَلاَ يُقْطَعُ (و) فِيمَا دُونَ النِّصَابِ، وَسَوَاءٌ كَانَ النِّصَابُ لِوَاحِدٍ أَوْ لِجَمَاعَةِ الرُّفْقَةِ.

وَلَوْ ٱقْتَصَرَ عَلَى القَتْلِ المُجَرَّدِ، فَيَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ، وَلَوْ ٱقْتَصَرَ عَلَى الإِرْعَابِ، وَكَانَ رِدْءاً فَلاَ يَجِبُ (ح) إِلاَّ التَّعْزِيرُ.

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الأَخْذِ وَالقَتْلِ، لَمْ يُقْطَعْ (و)، لَكِنْ يُقْتَلُ وَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّىٰ (ح و م) عَلَيْهِ، ثُمَّ يُصْلَبُ وَيُتْرَكُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ[1].

وَعَلَى قَوْلٍ حَتَّىٰ يَتَهَرَّىٰ.

وَفِيهِ وَجْهٌ[2]، أَنَّهُ يُصْلَبُ، ثُمَّ يُقْتَلُ(و) بِتَرْكِهِ جَائِعاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَبِجِرَاحَةٍ مُذَفِّفَةٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، ثُمَّ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّىٰ (ح و) عَلَيْهِ بَعْدَ ٱسْتِنْزَالِهِ[3]، وَأَمَّا النَّفْيُ، فَغَيْرُ مَقْصُودٍ، وَلَكِنْ إِنْ هَرَبُوا، شَرَّدْنَاهُمْ في البِلاَدِ (ح) بِٱلاتِّبَاعِ.

وَقِيلَ: هِيَ عُقُوبَةٌ مَقْصُودَةٌ فِيمَنِ ٱقْتَصَرَ عَلَى الإِرْعَابِ، فَيُنْفَىٰ إِلَى بَلَدٍ، ثُمَّ يُقَرَّرُ بِهَا، أَوْ يُحْبَسُ.

---

(١) قال الرافعي: «ثم يُصلب ويترك ثلاثة أيام على قول»: إن علق قوله على قول، بتقديم القَتْل على الصَّلبِ فذاك وإن علق بقوله: ويترك ثلاثة أيام فهو وجه لا قول. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وعلى قول حتى يتهرى وفيه وجه» لا قول، وفيه وجه أنه يقتل ثم يصلب هو قول لا وجه. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ثم يغسل ويُصلى عليه بعد استنزاله» لا حاجة إليها فقد ذكر في الجنائز من غسل قاطع الطريق والصلاة عليه مما يغني عما ذكره ها هنا. [ت]

وَقِيلَ: يُقْتَصَرُ عَلَىٰ النَّفْيِ.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ هَذِهِ العُقُوبَةِ)، وَلَهَا حُكْمَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الظَّفَرِ، وَأَمَّا بَعْدَهُ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ يَجْرِيَانِ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَنْ ظَهَرَ تَقْوَاهُ، فَلاَ يُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ الْمَاضِيَةُ، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ عِنْدَ التَّعْرِيضِ؛ لإِقَامَةِ الْحَدِّ: «تُبْتُ» لاَ يُوثَقُ بِهِ؛ فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ مَعَهُ ٱلاسْتِبْرَاءُ وَصَلاَحُ الْحَالِ بِالْعَمَلِ، وَالإِسْقَاطُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ: «تُبْتُ» بَعِيدٌ، ثُمَّ إِنَّمَا يَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ الْحَدُّ دُونَ الْقِصَاصِ وَالْغُرْمِ، وَيَسْقُطُ قَطْعُ الْيَدِ [ح][1] وَالرِّجْلِ جَمِيعاً، وَإِنْ أَخَذَ نِصَاباً.

(الْحُكْمُ الثَّانِي): أَنَّ الْقَتْلَ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ؛ حَتَّىٰ لَوْ عَفَا وَلِيُّ الدَّمِ، قُتِلَ حَدّاً وَهَلْ يَثْبُتُ حَقُّ الْقِصَاصِ مَعَهُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ، لَمْ يُقْتَلْ بِمَنْ لَيْسَ بِكُفْءٍ، وَإِنْ مَاتَ بَقِيَتِ الدِّيَةُ فِي تَرِكَتِهِ، وَإِنْ قَتَلَ جَمَاعَةً، قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلآخَرِينَ الدِّيَةُ، وَإِنْ عُفِيَ عَلَىٰ مَالٍ، قُتِلَ حَدّاً، وَلَهُ الدِّيَةُ، فَلَوْ تَابَ قَبْلَ الظَّفَرِ، لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَدٌّ مَحْضٌ، فَلاَ مَدْخَلَ لِلدِّيَةِ فِيهِ، وَلاَ لِلْكَفَّارَةِ، وَلاَ يَبْقَىٰ قِصَاصٌ بَعْدَ التَّوْبَةِ.

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ) الْجُرْحُ السَّارِي يُوجِبُ قَتْلاً مُتَحَتِّماً، وَلَوْ قَطَعَ عُضْواً، فَهَلْ يَتَحَتَّمُ قَطْعُهُ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا عُهِدَ حَدّاً؛ كَالْقَطْعِ، وَبَيْنَ مَا لَمْ يُعْهَدْ؛ كَالْجَدْعِ وَفَقْءِ الْعَيْنِ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ يُوالَىٰ بَيْنَ قَطْعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ.

وَمَنِ ٱسْتُحِقَّ يَسَارُهُ بِالْقِصَاصِ، وَيَمِينُهُ بِالسَّرِقَةِ، قُدِّمَ الْقِصَاصُ، وَيُمْهَلُ؛ حَتَّىٰ يَنْدَمِلَ، ثُمَّ يُقْطَعُ الْيُسْرَىٰ لِلسَّرِقَةِ.

وَلَوِ ٱسْتُحِقَّ يَمِينُهُ بِالْقِصَاصِ، ثُمَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ، قُطِعَ يَمِينُهُ لِلْقِصَاصِ؛ تَقْدِيماً لِحَقِّ الآدَمِيِّ، وَقُطِعَ رِجْلُهُ مِنْ غَيْرِ إِمْهَالٍ (و)، لأَنَّ الْمُوَالاَةَ مُسْتَحَقَّةٌ، لَوْ قَدَرْنَا عَلَىٰ قَطْعِ يَمِينِهِ حَدّاً.

(الثَّالِثُ): إِذَا ٱجْتَمَعَتْ عُقُوبَاتٌ لِلآدَمِيِّينَ؛ كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقَطْعِ وَالْقَتْلِ، وَطَلَبُوا جَمِيعاً، جُلِدَ، ثُمَّ قُطِعَ، ثُمَّ قُتِلَ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّ الْقَتْلِ غَائِباً، لَمْ يُبَادَرْ إِلَى الْقَطْعِ بَعْدَ الْجَلْدِ؛ خَوْفاً مِنَ الْهَلاَكِ بِالْمُوَالاَةِ، وَإِنْ أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ حَقَّهُ، ٱسْتُوفِيَ الْجَلْدُ، وَتَعَذَّرَ الْقَتْلُ؛ إِذْ فِيهِ تَفْوِيتُ الْقَطْعِ، فَعَلَىٰ مُسْتَحِقِّ الْقَتْلِ الصَّبْرُ أَبَداً إِلَىٰ أَنْ يَقْطَعَ مُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ.

(الرَّابِعُ): إِذَا ٱجْتَمَعَ حُدُودٌ لِلَّهِ تَعَالَىٰ؛ كَحَدِّ الشُّرْبِ، وَالْقَذْفِ، وَالزِّنَا، وَقَطْعِ السَّرِقَةِ، وَالْقَتْلِ، فَالْبِدَايَةُ بِالأَخَفِّ، ثُمَّ يُمْهَلُ إِلَىٰ ٱلانْدِمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ إِلاَّ الْقَتْلُ، فَلاَ إِمْهَالَ، وَلَوِ ٱجْتَمَعَ حَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ الشُّرْبِ، قُدِّمَ حَدُّ الْقَذْفِ؛ لأَنَّهُ حَقُّ الآدَمِيِّ، وَعَلَىٰ وَجْهٍ يُقَدَّمُ حَدُّ الشُّرْبِ؛ لأَنَّهُ

---

(١) سقط من أ.

أَخَفُّ، وَمَنْ زَنَىٰ، وَهُوَ بِكْرٌ، ثُمَّ زَنَىٰ، وَهُوَ ثَيِّبٌ، انْدَرَجَ جَلْدُهُ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، تَحْتَ الرَّجْمِ[1].

(الخَامِسُ): أَنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، وَلَوْ مِنَ الرُّفْقَةِ، إِذَا لَمْ يُضِيفُوا فِي الشَّهَادَةِ الجِنَايَةَ إِلَىٰ أَنْفُسِهِمْ؛ بِأَنْ يَقُولُوا: أُخِذَ مَالُ رُفقَائِنَا وَمَالُنَا.

(الجِنَايَةُ السَّابِعَةُ: الشُّرْبُ)، وَالنَّظَرُ فِي المُوجِبِ وَالوَاجِبِ:

(أَمَّا المُوجِبُ): فَكُلُّ مُلْتَزِمٍ شَرِبَ مَا أَسْكَرَ جِنْسُهُ مُخْتَاراً (و) مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَعُذْرٍ، لَزِمَهُ الحَدُّ؛ فَلاَ حَدَّ عَلَى الحَرْبِيِّ، وَالمَجْنُونِ، وَالصَّبِيِّ، وَلاَ يَجِبُ(و) عَلَى الذِّمِّيِّ أَيْضاً؛ لأَنَّهُ لاَ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ، وَيَجِبُ عَلَى الحَنَفِيِّ، إِذَا شَرِبَ النَّبِيذ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ عَلَيْهِمَا.

وَيَجِبُ لِشُرْبِ النَّبِيذِ المُسْكِرِ جِنْسُهُ، وَإِنْ قَلَّ (ح).

وَلاَ يَجِبُ (و) عَلَى المُكْرَهِ، وَلاَ عَلَى مَنِ (و) اضْطَرَّهُ العَطَشُ، أَوْ إِسَاغَةُ لُقْمَةٍ إِلَىٰ شُرْبِ خَمْرٍ[2]؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُ(و) ذَلِكَ.

وَلاَ يَجُوزُ (و) التَّدَاوِي بِالخَمْرِ، وَلَكِنْ يَسْقُطُ (و) الحَدُّ بِهِ، وَيَجُوزُ التَّدَاوِي بِالأَعْيَانِ النَّجِسَةِ وَالمَعْجُونِ الَّذِي فِيهِ خَمْرٌ، وَلاَ يَجِبُ عَلَىٰ حَدِيثِ العَهْدِ، إِذَا لَمْ يَعْلَمِ التَّحْرِيمَ، فَإِنْ عَلِمَ وَلَمْ يَعْلَمْ وُجُوبَ الحَدِّ، حُدَّ، وَمَنْ شَرِبَهُ عَلَىٰ ظَنٍّ أَنَّهُ شَرَابٌ آخَرُ، فَلاَ حَدَّ، وَلَوْ سَكِرَ، فَهُوَ كَالمُغْمَىٰ عَلَيْهِ، فَلاَ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الصَّلاَةِ، وَلاَ يُحَدُّ مَا لَمْ يَظْهَرِ المُوجِبُ لِلْقَاضِي بِشُرُوطِهِ، بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ إِقْرَارٍ، وَلاَ يُعَوَّلُ عَلى النَّكْهَةِ وَالرَّائِحَةِ، وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ: شَرِبَ مُسْكِراً، أَوْ شَرِبَ مَا شَرِبَ غَيْرُهُ، فَسَكِرَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الوَاجِبِ)، وَهُوَ أَرْبَعُونَ جَلْدَةً، وَلَوْ ضُرِبَ قَرِيباً مِنْ ذَلِكَ بِالنِّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، كَفَىٰ؛ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُجْلَدَ ثَمَانِينَ، جَازَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلاَ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الثَّمَانِينَ أَصْلاً.

وَكَيْفِيَّةُ الجَلْدِ: أَنْ يُضْرَبَ بِسَوْطٍ مُعْتَدِلٍ، أَوْ خَشَبَةٍ بَيْنَ القَضِيبِ وَالعَصَا، وَبَيْنَ الرُّطُوبَةِ وَاليُبُوسَةِ، وَلاَ يَرْفَعُ يَدَهُ فَوْقَ الرَّأْسِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَشْتَدَّ الأَلَمُ، وَيُفَرِّقُهُ عَلَىٰ جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلاَّ عَلَى الوَجْهِ،

---

(١) قال الرافعي: «ومَنْ زنا وهو بكر ثم زنا وهو ثيب اندرج جلده تحت الرجم» الأصح عند صاحب التهذيب وغيره أنه لا يندرج. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا على من اضطره العطش أو إساغة لقمة إلى شرب الخمر» الأظهر عند الأكثرين أنه لا يجوز الشرب لدفع العطش.

[وَلاَ يَبقى الرَّأسُ][1] (ح)، وَلاَ يُشَدُّ يَدُ المَجْلُودِ؛ لِيَتَّقِيَ بِيَدِهِ، وَلاَ يُتَلُّ لِوَجْهِهِ، وَلاَ يُكَبُّ، بَلْ يُجْلَدُ الرَّجُلُ قَائِماً، وَالمَرْأَةُ جَالِسَةً، وَثِيَابُهَا مَلْفُوفَةٌ عَلَيْهَا، وَيُوَالَىٰ بَيْنَ الضَّرْبِ، وَلاَ يُفَرَّقُ عَلَى الأَيَّامِ تَفْرِيقاً يَقَعُ اللاَّحِقُ بَعْدَ زَوَالِ أَلَمِ السَّابِقِ.

هَذِهِ هِيَ الجِنَايَاتُ المُوجِبَةُ لِلحَدِّ، وَمَا عَدَاهَا وَمُقَدِّمَاتُهَا، فَيُوجِبُ التَّعْزِيرَ، (وَالنَّظَرُ في التَّعْزِيرِ) فِي قَدْرِهِ وَمُوجِبِهِ وَمُسْتَوْفِيهِ:

(أَمَّا مُوجِبُهُ)، فَهُوَ كُلُّ مَا يَعْصِي بِهِ العَبْدُ رَبَّهُ؛ مِنْ جِنَايَةٍ عَلَىٰ حَقِّ الله تَعَالَىٰ، أَوْ حَقِّ الآدَمِيِّ.

(أمّا قَدْرُهُ)، فلا يَتَقَدَّرُ أَقَلُّهُ، وأَكْثَرُهُ،

وقيل: إِنَّهُ يُحَطُّ عَنْ عِشْرِينَ جَلْدَةً، وَهُوَ أَقَلُّ مَا يَجِبُ في الحُدُودِ، وَهُوَ حَدُّ شُرْبِ العَبْدِ.

وَقِيلَ: بلْ تَعْزِيرُ الحُرِّ إِنَّمَا يُحَطُّ (م) عَنْ حَدِّهِ، وَهُوَ الأَرْبَعُونَ.

وَقِيلَ: تَعْزِيرُ مُقَدِّمَاتِ الزِّنَا، إِنَّمَا يُحَطُّ (م) عَنْ حَدِّ الزِّنَا، لاَعَنْ حَدِّ الشُّرْبِ وَالقَذْفِ.

وَقِيلَ: لاَ يُزَادُ عَلَىٰ عَشَرَةٍ؛ لِوُرُودِ خَبَرٍ فِيهِ صَحَّحَهُ بَعْضُ الأَئِمَّةِ[2]، وَلاَ يَجُوزُ (م) أَنْ يُقْتَلَ في

---

(١) سقط من أ.

(٢) قال الرافعي: «لورود خبر فيه صححه بعض الأئمة»أورد البُخَاري في الصحيح عن عبد الله بن يوسف عن الليث عن يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يُجْلَدُ فوق عشر جلداتٍ إلا في حَدّ من حدود الله تعالى »وأخرجه مسلم عن أحمد بن عيسى عن ابن وهب عن عمر وعن بُكَيْر وأراد بقوله: «صححه بعض الأئمة» صاحب «التقريب»، والحديث أظهر من أن يُضَاف تصحيحه إلى فرد من الأئمّة. [ت]

والحديث أخرجه البخاري (١٢/ ١٨٢) كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٤٨). وأبو داود (٢/ ٥٧٣) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩١). والترمذي (٤/ ٥١) كتاب الحدود، باب ما جاء في التعزير حديث (١٤٦٣). وابن ماجه (٢/ ٨٦٧) كتاب الحدود، باب التعزير حديث (٢٦٠١). وأحمد (٣/ ٤٦٦، ٤/ ٤٥). والدارمي (٢/ ١٧٦) كتاب الحدود، باب التعزير في الذنوب. والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣/ ١٦٤). وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٥٠). والبيهقي (٨/ ٣٢٧). والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٥٠١ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكير بن الأشج وقد اختلف أهل العلم في التعزير وأحسن شيء روي في التعزير هذا الحديث. قال: وقد روى ابن لهيعة عن بكير فأخطأ فيه وقال عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو خطأ والصحيح حديث الليث بن سعد إنما هو عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله عن أبي بردة بن نيار عن النبي صلى الله عليه وسلم. أ.هـ.

وكلام الترمذي فيه نظر فقد تابع ابن لهيعة عمرو بن الحارث على روايته الحديث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة به أخرجه البخاري (١٢/ ١٨٣) كتاب =

التَّعْزِيرِ، وَٱلاسْتِصْلَاحِ.

(وَأَمَّا الْمُسْتَوْفِي)، فَهُوَ الإِمَامُ وَالأَبُ وَالسَّيِّدُ وَالزَّوْجُ، لَكِنَّ الأَبَ يُؤَدِّبُ الصَّغِيرَ دُونَ الْكَبِيرِ،

= الحدود: باب كم التعزير والأدب حديث (٦٨٥٠)، ومسلم (٣/ ١٣٣٢) كتاب الحدود، باب قدر اسواط التعزير حديث (٤٠/ ١٧٠٨). وأبو داود (٢/ ٥٧٤) كتاب الحدود، باب في التعزير حديث (٤٤٩٢). والدارقطني (٣/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨). والحاكم (٤/ ٣٦٩ ـ ٣٧٠). والبيهقي (٨/ ٣٢٧) كلهم من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة بن نيار به.

وقد مال أبو حاتم الرازي إلى تصحيح الطريقين الطريق الذي ذكر فيه جابر والطريق الآخر الذي لم يذكر فيه فقال ولده في «العلل» (١/ ٤٥١ ـ ٤٥٢) رقم (١٣٥٦).

سألت أبي عن حديث رواه الليث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله». قال أبي رواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن ابيه عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» قال أبي رواه حفص بن ميسرة عن مسلم بن أبي مريم عن ابن جابر عن جابر عن النبي ﷺ قلت لأبي أيهما أصح قال حديث عمرو بن الحارث لأن نفسين قد اتفقا على أبي بردة بن نيار قصد أحدهما ذكر جابر وحفظ الآخر جابراً.

وقد رجح الحافظ ابن حجر فيلا «الفتح» (١٢/ ١٨٤) صحة الطريقين فقال رحمه الله: وهل بين عبد الرحمن وأبي بردة واسطة وهو جابر أو لا؟ الراجح الثاني أيضاً، وقد ذكر الدارقطني في «العلل» الاختلاف ثم قال: القول قول الليث ومن تابعه، وخالف ذلك في جميع كتاب التتبع فقال: القول قول عمرو بن الحارث وقد تابعه أسامة بن زيد. قلت: ولم يقدح هذا الاختلاف عن الشيخين في صحة الحديث فإنه كيفما دار يدور على ثقة، ويحتمل أن يكون عبد الرحمن وقع له فيه ما وقع لبكير بن الأشج في تحديث عبد الرحمن بن جابر لسليمان بحضرة بكير ثم تحديث سليمان بكيراً به عن عبد الرحمن، أو أن عبد الرحمن سمع أبا بردة لما حدث به أباه وثبته فيه أبوه فحدث به تارة بواسطة أبيه وتارة بغير واسطة، وادعى الأصيلي أن الحديث مضطرب فلا يحتج به لاضطرابه، وتعقب بأن عبد الرحمن ثقة فقد صرح بسماعه، وإبهام الصحابي لا يضر، وقد اتفق الشيخان على تصحيحه وهما العمدة في التصحيح، وقد وجدت له شاهداً بسند قوي لكنه مرسل أخرجه الحارث بن أبي أسامة من رواية عبد الله بن أبي بكر بن الحارث بن هشام رفعه «لا يحل أن يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» وله شاهد آخر عن أبي هريرة عند ابن ماجه ستأتي الإشارة إليه. أما الشاهد الذي أشار إليه الحافظ عن أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٦٧ ـ ٨٦٨) كتاب الحدود، باب التعزير، حديث (٢٦٠٢). من طريق عباد بن كثير عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تعزروا فوق عشرة أسواط».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٣٢٢): هذا إسناد ضعيف عباد بن كثير الثقفي قال فيه أحمد بن حنبل: روى أحاديث كذب لم يسمعها، وقال البخاري: تركوه، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث وفي حديثه عن الثقات نكارة وقال النسائي: متروك الحديث وقال العجلي: ضعيف متروك الحديث.

وَمُعَلِّمُهُ أَيضاً يُؤدِّبُ بِإِذْنِهِ، وَالزَّوْجُ يُعَزِّرُ عَلَى النُّشُوزِ، وَالسَّيِّدُ يُعَزِّرُ في حَقِّ نَفْسِهِ، وَفِي حَقِّ (و) اللهِ تَعَالَىٰ، وَالزَّوْجُ لاَ يُعَزِّرُ إِلاَّ في النُّشُوزِ، وَالتَّعْزِيرُ جائِزٌ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ، فَإِنْ سَرَىٰ، ضَمِنَ (ح م) عَاقِلَةُ المُعَزِّرِ بِخِلاَفِ الحَدِّ، فَلَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ لاَ تَتْرُكُ النُّشُوزَ إِلاَّ بِضَرْبٍ مَخُوفٍ، لَمْ يَجُزْ تَعْزِيرُهَا أَصْلاً، وَأَمَّا أَصْلُ الوُجُوبِ، فَهُوَ إِلَىٰ رَأْيِ الإِمَامِ، وَقَدْ يَرَى الصَّوَابَ في العَفْوِ وَٱلاقْتِصَارِ عَلَى التَّوْبِيخِ بِالكَلاَمِ، فَلَهُ ذَلِكَ في حَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ، أَمَّا في حَقِّ الآدَمِيِّ، فَلَيْسَ لَهُ الإِهْمَالُ مَعَ الطَّلَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يَجُوزُ لَهُ ٱلاقْتِصَارُ عَلَى التَّوْبِيخِ بِاللِّسَانِ دُونَ الضَّرْبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ عَفَا المُسْتَحِقُّ لِلعُقُوبَةِ، فَهَلْ لِلإِمَامِ التَّعْزِيرُ لِحَقِّ اللهِ تَعَالَىٰ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ في الثَّالِثِ بَيْنَ العَفْوِ عَنِ الحَدِّ، وَالتَّعْزِيرِ، لأَنَّ أَصْلَ التَّعْزِيرِ مَنُوطٌ بِرَأْيِ الإِمَامِ، فَيَجُوزُ أَلاَّ يَسْقُطَ بِعَفْوِ غَيْرِهِ بِخِلاَفِ الحَدِّ.

(كِتَابُ مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ)

وَالنَّظَرُ في ضَمَانِ الْوُلاَةِ، وَالصَّائِلِ، وإتْلاَفِ البَهَائِم:

(النَّظَرُ الأَوَّلُ: في الوُلاَةِ)، وَإِلَى الإِمَامِ تَعْزِيرٌ، وَحَدٌّ، وَٱسْتِصْلاَحٌ.

(أَمَّا التَعْزِيرُ:)، إِذَا سَرَىٰ، فَيَجِبُ (ح) ضَمَانُهُ عَلَىٰ كُلِّ مُعَزِّرٍ.

(وَأَمَّا الحُدُودُ المُقَدَّرَةُ)، فَمَنْ مَاتَ بِهَا، فَالحَقُّ قَتَلَهُ، فَلاَ ضَمَانَ، وَمَنْ مَاتَ بِثَمَانِينَ جَلْدَةً فِي حَقِّ الشُّرْبِ، فَمَضْمُونٌ (ح) نِصْفُهُ، وَإِنْ مَاتَ بِأَحَدٍ وَأَرْبَعِينَ، فَعَلَىٰ قَوْلٍ يُضْمَنُ نِصْفُهُ.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَأَرْبَعِينَ.

وَلَوْ مَاتَ مِنْ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، فَلاَ ضَمَانَ عَلَىٰ أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ[1]؛ لِتَقْدِيرِ الصَّحَابَةِ بِهِ[2]، وَلَوْ مَاتَ

---

(١) قال الرافعي: «وإن مات من أربعين جلدة، فلا ضمان على أظهر القولين» قيل: هما وجهان لا قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلا ضمان لتعديل الصَّحابة، رضي الله عنهم» روى البخاري عن آدم بن أبي إياس عن شعبة عن قتادة عن أنس أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ «ضرب في الخمر بالجريد والنِّعال» وجلد أبو بكر أربعين».

رواه مسلم، عن محمد بن المثنى عن محمد بن جعفر عن شعبة. [ت]

والحديث أخرجه البخاري (١٢/ ٦٤) كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر (٦٧٧٣). ومسلم (٣/ ١٣٣٠) كتاب الحدود، باب حد الخمر حديث (٣٥/ ١٧٠٦). وأبو داود (٢/ ٥٦٩) كتاب الحدود، باب ما في الحد في الخمر حديث (٤٤٧٩). والترمذي (٤/ ٣٨) كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران حديث (١٤٤٣). وابن ماجه (٢/ ٨٥٨) كتاب الحدود، باب حد السكران حديث (٢٥٧٠). والدارمي (٢/ ١٧٥) كتاب الحدود، باب في حد الخمر. وأحمد (٣/ ١١٥، ١٧٦، ١٨٠). والطيالسي (١/ ٣٠٢ ـ منحة) رقم (١٥٣٨). وأبو يعلى (٥/ ٢٧٥) رقم (٢٨٩٤) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٢٩). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٥٧) باب حد الخمر. والبيهقي (٨/ ٣١٩) كتاب الحدود والحد فيها، كلهم من طريق قتادة عن أنس به.

وقال الترمذي: حديث أنس حديث حسن صحيح.

والحديث أخرجه البغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤٩٤ ـ بتحقيقنا) من طريق البخاري حدثنا آدم بن أبي إياس حدثنا شعبة عن قتادة عن أنس به.

وقال أيضاً: ويروى أن أبا بكر سأل مَنْ حضر المضروب في عهد النبي صلى الله عليه وسلّم فَقَوَّمَهُ أربعين، فضرب أبو بكر أربعين في الخمر حياته، ثم عمر حتى تتابع الناس في الخمر، فاستشار فضرب ثمانين». [ت]

والحديث أخرجه أبو داود (٤/ ٦٢٨) كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر حديث (٤٤٨٩). والشافعي (٢/ ٩٠) كتاب الحدود، باب حد الشرب حديث (٢٩٢). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٥٦) كتاب الحدود: باب حد الخمر. والحاكم (٤/ ٣٧٥) كتاب الحدود، باب كان =

مِنَ الضَّرْبِ بِالنِّعَالِ وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ قَرِيباً مِنْ أَرْبَعِينَ، فَلاَ ضَمَانَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، وَلَوْ أَمَرَ الجَلاَّدَ في الشُّرْبِ بِثَمَانِينَ، فَضَرَبَ أَحَداً وَثَمَانِينَ، فَفِي قَوْلٍ يَجِبُ شَطْرُ الدِّيَةِ عَلَى الإِمَامِ وَالجَلاَّدِ بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ الثُّلُثَانِ عَلَيْهِمَا بِالسَّوَاءِ.

وَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ عَلَى الجَلاَّدِ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ، وَعَلَى الإِمَامِ أَرْبَعُونَ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ.

(وَأَمَّا ٱلاسْتِصْلاَحُ)، فَهُوَ بِقَطْعِ سِلْعَةٍ[1] أَوْ خِتَانٍ، وَيَجُوزُ لِلْعَاقِلِ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ نَفْسِهِ سِلْعَةً، إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَطَرٌ؛ لإِزَالَةِ شَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ خَطَرٌ، لَمْ يَجُزْ للشَّيْنِ، وَيَجُوزُ (و)؛ لِخَوْفِ الهَلاَكِ، إِنْ كَانَ القَطْعُ أَرْجَىٰ لِلسَّلاَمَةِ بِالظَّنِّ الغَالِبِ، فَإِنْ تَسَاوَىٰ خَطَرُ التَّرْكِ وَالقَطْعِ، فَوَجْهَانِ، وَمَنْ بِهِ أَلَمٌ لاَ يُطِيقُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُهْلِكَ نَفْسَهُ إِلاَّ أَنْ يَقَعَ في نَارٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ لاَ يَنْجُو مِنْهُ إِلاَّ بِإِغْرَاقِ نَفْسِهِ، وَالغَرَقُ مُهْلِكٌ، فَلَهُ ذَلِكَ؛ عَلَى الأَصَحِّ (و)، وَلِلأَبِ (و) أَنْ يَقْطَعَ مِنَ الصَّغِيرِ مَا لِلعَاقِلِ أَنْ يَفْعَلَ بِنَفْسِهِ، وَلَيْسَ لِلسُّلْطَانِ ذَلِكَ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ الإِجْبَارُ في النِّكَاحِ، نَعَمْ لِلسُّلْطَانِ فَصْدُ الصَّغِيرِ وَحِجَامَتُهُ وَمَا لاَ خَطَرَ فِيهِ، فَإِنْ سَرَىٰ مَا لَمْ يَجُزْ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ في خَاصِّ (و) مَالِهِ، لاَ عَلَى العَاقِلَةِ، وَفِي القَوَدِ قَوْلاَنِ، وَحَيْثُ يَجُوزُ القَطْعُ، فَلاَ يَضْمَنُ الوَلِيُّ بِسِرَايَتِهِ؛ كَالفَصْدِ وَالْحِجَامَةِ وَالْخِتَانِ، وَقَطْعِ السِّلْعَةِ؛ بِخِلاَفِ التَّعْزِيرِ.

وَالْخِتَانُ وَاجِبٌ (ح م) في الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَهُوَ قَطْعُ القُلْفَةِ مِنَ الرَّجُلِ، وَمِنَ المَرْأَةِ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الاسْمُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ البُلُوغِ، وَالأَوْلَىٰ (و) تَقْدِيمُهُ لِلسُّهُولَةِ.

وَالبَالِغُ إِذَا ٱمْتَنَعَ، فَلِلسُّلْطَانِ قَهْرُهُ بِالخِتَانِ؛ هَذَا كُلُّهُ فِي الْمُوجِبِ.

(أَمَّا مَحَلُّ) الضَّمَانِ، فَالإِمَامُ فِيهِ كَالأَجَانِبِ فِيمَا يَتَعَدَّىٰ بِهِ.

أَمَّا مَا يُخْطِىءُ بِهِ فِي الحُكْمِ، فَيَجِبُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَعَلَىٰ بَيْتِ مَالِهِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

= الشارب يضرب بالأيدي والنعال. والبيهقي (٨/ ٣٢٠) كتاب الأشربة، باب عدد حد الخمر، عن عبد الرحمن بن أزهر قال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة الفتح وأنا غلام شاب يتخلل الناس يسأل عن منزل خالد بن الوليد فأتى بشارب فأمرهم فضربوه بما في أيديهم فمنهم من ضربه بالسوط ومنهم من ضربه بعصا ومنهم من ضربه بنعليه وحثى رسول الله ﷺ التراب فلما كان أبو بكر فسألهم عن ضرب النبي صلى الله عليه وسلم الذي ضرب فحزروه أربعين فضرب أبو بكر أربعين.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(١) السلعة: خراج كهيئة الغدة تتحرك بالتحريك. قال الأطباء: هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند تحريكه وله غلاف. وتقبل التزيد لأنها خارجة عن اللحم ولهذا قال الفقهاء يجوز قطعها عند الأمن. ينظر المصباح المنير ص (٢٨٥)

وَفِي الكَفَّارَةِ قَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَجِبَ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ.

وَيَجْرِي القَوْلاَنِ فِيمَا لَوْ ضَرَبَ ثَمَانِينَ فِي الشُّرْبِ بِالاجْتِهَادِ، وَلاَ يَجْرِي (و) إِذَا أَقَامَ الحَدَّ عَلَىٰ حَامِلٍ، فَأَجْهَضَتْ، بَلِ الغُرَّةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ؛ لأَنَّهُ عُدْوَانٌ، وَلَوْ أَخْطَأَ بِالقَضَاءِ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ فَاسِقَيْنِ مُقَصِّراً فِي البَحْثِ، فَالضَّمَانُ لاَيَكُونُ فِي بَيْتِ المَالِ، وَإِنْ لَمْ يُقَصِّرْ، جَرَى القَوْلاَنِ، وَيُجْعَلُ الشَّاهِدُ كَالغَارِّ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ حَتَّى يُخَرَّجَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ؛ عَلَىٰ قَوْلَيِ الغُرُورِ، ثُمَّ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ العَبْدَيْنِ، أَوْ بِذِمَّتِهِمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى المُرَاهِقَيْنِ وَجْهَانِ، وَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الفَاسِقَيْنِ، إِنْ رَأَيْنَا نَقْضَ الحُكْمِ بِظُهُورِ الفِسْقِ بَعْدَ القَضَاءِ ـ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُرْجَعُ فِي الثَّالِثِ عَلَى المُجَاهِرِ دُونَ المُكَاتِمِ.

وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الجَلاَّدِ؛ لأَنَّهُ مَأْذُونُ الإِمَامِ، وَلاَ عَلَى الحَجَّامِ، إِذَا قَطَعَ سِلْعَةً بِالإِذْنِ أَوْ فَصَدَ، وَلَوْ قَطَعَ بِالإِذْنِ يَداً صَحِيحَةً، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ[1]، وَلَوْ قَتَلَ الجَلاَّدُ (و) الشَّفْعَوِيُّ[2] حُرّاً بِعَبْدٍ بِإِذْنِ الإِمَامِ الحَنَفِيِّ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي دَفْعِ الصَّائِلِ) فِي المَدْفُوعِ، وَالمَدْفُوعِ عَنْهُ وَالدَّفْعِ.

(أَمَّا المَدْفُوعُ)، فَكُلُّ مَنْ يُخَافُ مِنْهُ الهَلاَكُ، فَدُفِعَ، فَهُوَ هَدَرٌ؛ حَتَّى الصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ، إِذَا صَالاَ؛ وَكَذَا البَهِيمَةُ، وَفِي ضَمَانِ الجَرَّةِ المُطِلَّةِ عَلَى الرَّأْسِ، إِذَا كُسِرَتْ بِالدَّفْعِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي دَفْعِ بَهِيمَةٍ حَالَ بَيْنَ الرَّجُلِ الجَائِعِ وَبَيْنَ طَعَامِهِ فِي بَيْتٍ، وَالجَائِعُ المُضْطَرُّ إِلَىٰ طَعَامِ الغَيْرِ يَأْكُلُ وَيَضْمَنُ، وَدَفْعُ الصَّائِلِ الكَافِرِ أَوِ البَهِيمَةِ وَاجِبٌ، فَإِنْ كَانَ مُسْلِماً، فَفِي جَوَازِ الاسْتِسْلاَمِ قَوْلاَنِ[3].

وَفِي دَفْعِ المَجْنُونِ قَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِوُجُوبِ الدَّفْعِ.

(أَمَّا المَدْفُوعُ عَنْهُ)، فَكُلُّ مَعْصُومٍ مِنْ نَفْسٍ وَبُضْعٍ وَمَالٍ، وَإِنْ قَلَّ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الدَّفْعِ عَنْ غَيْرِهِ، قِيلَ فِي الوُجُوبِ قَوْلاَنِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ، إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِلإِيثَارِ هَـٰهُنَا؛ كَمَا فِي نَفْسِهِ.

وَقِيلَ: يَحْرُمُ؛ لأَنَّ شَهْرَ السِّلاَحِ فِي الحِسْبَةِ إِلَى السُّلْطَانِ؛ وَكَذَا الدَّفْعُ بِالسِّلاَحِ عَنْ شُرْبِ الخَمْرِ وَالمَعَاصِي، قِيلَ: يَجِبُ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي فسرى إلى النفس، ففي ضمان النفس خلاف والمشهور من الخلاف في المسألة قولان. [ت]

وقال أيضاً «ولو قطع بالإذن يداً صحيحة ففي الضمان وجهان» أي تسرى، وفي ضمان السراية والمسألة مذكورة مرة في باب العفو. [ت]

(٢) قوله الشفعوي: صفة للجلاد أي الشافعي المذهب قال في المصباح وقول العامة شفعوي خطأ لعدم السماع ومخالفة القياس ينظر المصباح المنير ص (٣١٧)

(٣) قال الرافعي: «فإن كان مسلماً ففي جواز الاستسلام قولان» قيل: فيه وجهان. [ت]

وَقِيلَ: يَحْرُمُ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ؛ خَوْفاً مِنَ الفِتْنَةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ الدَّفْعِ)، فَأَنْ يَبْدَأَ بالكلام، ثُمَّ بالضَّرْبِ، ثُمَّ بالجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَيَدْفَعُ بِمَا يقدِرُ عَلَيْهِ فإِنْ رَأَىٰ مَنْ يَزْنِي بِزَوْجَتِهِ، دَفَعَهُ، فَإِنْ هَرَبَ، فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، إِنْ لَمْ يَكُنِ الزَّانِي مُحْصَناً.

وَلَوْ قَدَرَ المَصُولُ عَلَيْهِ عَلَى الهَرَبِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الدَّفْعُ بِالجِرَاحِ عَلَى الأَظْهَرِ(و).

وَلَوْ عَضَّ يَدَهُ، فَسَلَّ اليَدَ؛ حَتَّى نَدَرَتْ[1] أَسْنَانُهُ، فَلاَ ضَمَانَ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِمَا يَقْدِرُ، وَلاَ يَتَعَيَّنُ (و) قَصْدُ العُضْوِ الجَانِي، وَإِذَا نَظَرَ إِلَىٰ حَرَمِ إِنْسَانٍ في كُوَّةٍ أَوْ صَائِرِ بَابٍ، جَازَ أَنْ يَقْصِدَ عَيْنَهُ بِمِدْرَاةٍ أَوْ بُنْدُقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِنْذَارٍ، فَإِنْ عَمِيَ، فَلاَ ضَمَانَ (ح م)، وَيَجِبُ تَقْدِيمُ الإِنْذَارِ في كُلِّ دَفْعٍ، إِلاَّ هَـٰهُنَا (و)؛ لِلْخَبَرِ[2].

---

(١) ندر: ندر الشيء ندوراً أو سقط من غيره ينظر المصباح المنير ص (٥٩٧)

(٢) قال الرافعي: «ويجب تقديم الإنذار في كل دفع إلا ها هنا للخبر».

أراد به ما روى البخاري ومسلم عن قتيبة عن الليث عن ابن شهاب عن سهل بن سعد أن رجلاً اطّلع على النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهو في الحجرة وفي يده مدْرَى فقال: «لو علمت أنه ينظر لطعنتُ بها في عينه». [ت]

والحديث أخرجه البخاري (١٢/ ٢٥٣) كتاب الديات، باب، من اطلع في بيت قوم ففقأوا عينه فلا دية له حديث (٦٩٠١). ومسلم (٣/ ١٦٩٨) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٤٠/ ٢١٥٦). من طريق قتيبة بن سعيد حدثنا ليث عن الزهري أن سهل بن سعد أخبره أن رجلاً اطلع في حُجر في باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدرى يحك بها رأسه فلما راه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لو أعلم أنك تنتظرني لطعنت بها في عينك.. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنما جعل الإذن من أجل البصر.

وأخرجه البخاري (١٠/ ٣٧٩) كتاب اللباس، باب الامتشاط حديث (٥٩٢٤)، (١١/ ٢٦) كتاب الاستئذان، باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤١). ومسلم (٣/ ١٦٩٨) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٤١/ ٢١٥٦). والترمذي (٥/ ٦١) كتاب الاستئذان، باب من اطلع من دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٩). وأحمد (٥/ ٣٣٠، ٣٣٤ ـ ٣٣٥). وعبد الرزاق (١٠/ ٣٨٣) رقم (١٩٤٣١). والدارمي (٢/ ١٩٧ ـ ١٩٨). والحميدي (٢/ ٤١٢) رقم (٩٢٤) وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند» (ص ـ ١٦٦) رقم (٤٤٨). وأبو يعلى (١٣/ ٤٩٩ ـ ٥٠٠) رقم (٧٥١٠). وابن النبي في «عمل اليوم والليلة» رقم (٦٥٩). والبيهقي (٨/ ٣٣٨). والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٤٤١ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهري عن سهل بن سعدالساعدي به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح وللحديث شاهد من حديث أنس.

أخرجه البخاري (١١/ ٢٦) كتاب الاستئذان. باب الاستئذان من أجل البصر حديث (٦٢٤٢). ومسلم (٣/ ١٦٩٩) كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره حديث (٢١٥٧). وأبو داود (٢/ ٧٦٤ ـ ٧٦٥) كتاب الأدب، باب في الاستئذان حديث (٥١٧١).

وأحمد (٣/ ٢٣٩، ٢٤٢). والطيالسي (١/ ٣٦٣ ـ منحة) رقم (١٨٧٣) من طريق حماد بن زيد عن=

وَلاَ يُلْحَقُ (و) قَصْدُ الأُذُنِ عِنْدَ التَّسَمُّعِ بِهِ، وَلاَ يُرْشَقُ النَّاظِرُ بِالنُّشَّابِ، وَلاَ يَجُوزُ قَصْدُ عَيْنِهِ، إِنْ كَانَ لِلنَّاظِرِ حَرَمٌ فِي الدَّارِ، وَلاَ إِذَا لَمْ يَكُنْ في الدَّارِ ٱمْرَأَةٌ أَصْلاً، فَإِنْ كَانَتِ ٱمْرَأَةٌ مُسْتَتِرَةٌ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ البَابُ مَفْتُوحاً، لَمْ يَجُزْ قَصْدُ عَيْنِهِ، إِلاَّ بِالإِنْذَارِ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ فِيمَا تُتْلِفُهُ البَهَائِمُ) وَمَا أَكَلَتْهُ البَهَائِمُ مِنَ ومَا أَكَلَتْهُ الْبَهَائِمِ، المَزَارِعِ بِالنَّهَارِ، فَلاَ ضَمَانَ، وَبِاللَّيْلِ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَىٰ رَبِّ البَهِيمَةِ، إِلاَّ أَنْ يَأْكُلَ مِنَ البُسْتَانِ، وَبَابُهُ مَفْتُوحٌ بِاللَّيْلِ، فَإِنَّ التَّقْصِيرَ مِنْ رَبِّ البُسْتَانِ، وَلَوْ سَرَّحَ في جُوَارِ المَزَارِعِ، مَعَ ٱتِّسَاعِ المَرَاعِي، ضَمِنَ (و)؛ لأَنَّهُ مُفَرِّطٌ، وَحِفْظُ المَزَارِعِ بِالنَّهَارِ عَلَىٰ مَالِكِهَا، وَحِفْظُ البَهِيمَةِ بِاللَّيْلِ عَلَىٰ مَالِكِهَا، وَمَنْ أَخْرَجَ الْبَهِيمَةَ مِنْ مِلْكِ نَفْسِهِ إِلَىٰ مِلْكِ جَارِهِ، ضَمِنَ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ الإِخْرَاجُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، فَعَلَيْهِ الصَّبْرُ وَطَلَبُ الضَّمَانِ مِنْ رَبِّ البَهِيمَةِ، أَمَّا مَا تُتْلِفُهُ البَهِيمَةُ في الطَّرِيقِ، وَمَعَهَا مَالِكُهَا بِخَبْطِهَا أَوْ رُمْحِهَا (ح) أَوْ عَضِّهَا، فَالضَّمَانُ عَلَىٰ صَاحِبِهَا (ح)، دُونَ مَا يَفِرُّ بِرَشَاشِ الوَحَلِ، وَٱنْتِشَارِ الغُبَارِ، إِلاَّ مَا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ مِنْ رَكْضٍ مُفْرِطٍ في الوَحَلِ والأَسْوَاقِ (و)، أَوْ تَرْكِ الإِبِلِ غَيْرَ مُقَطَّرَةٍ، وَمَا يَتَخَرَّقُ مِنَ الثَّوْبِ بِالحَطَبِ مِنْ خَلْفٍ، ضَمِنَهُ صَاحِبُ الدَّابَّةِ، إِلاَّ أَنْ يُقَدِّمَ الإِعلاَمَ وَالبَيِّنَةَ.

(فَرْعٌ): أَمَّا مَا تُتْلِفُهُ الهِرَّةُ المَمْلُوكَةُ، فَلاَ ضَمَانَ عَلَىٰ صَاحِبِهَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ إِذْ لاَ يُعْتَادُ رَبْطُهَا.

وَيَجِبُ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَهِيَ كَالبَهِيمَةِ لاَ يُضْمَنُ إِلاَّ مَا أَتْلَفَتْهُ بِاللَّيْلِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَقِيلَ: لا يُضْمَنُ إِلاَّ مَا أَتْلَفَتْ بِالنَّهَارِ؛ إِذِ التَّقْصِيرُ بِاللَّيْلِ مِمَّنْ لاَ يُغَطِّي الطَّعَامَ.

وَلَوْ صَارَتْ هِرَّةٌ ضَارِيَةً بِالإِفْسَادِ، فَفِي جَوَازِ قَتْلِهَا؛ إِلْحَاقاً لَهَا بِالفَوَاسِقِ ـ وَجْهَانِ.

= عبيد الله بن أبي بكر بن أنس عن أنس أن رجلاً اطلع من بعض حجر النبي صلى الله عليه وسلم فقام إليه النبي صلى الله عليه وسلم بمشقص أو بمشاقص فكأني أنظر إليه يختل الرجل ليطعنه.

وأخرجه البخاري (١٢/ ٢٢٥) كتاب الديات، باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان حديث (٦٨٨٩). والترمذي (٥/ ٦١) كتاب الاستئذان، باب من اطلع في دار قوم بغير إذنهم حديث (٢٧٠٨). وأحمد (٣/ ١٢٥). وأبو يعلى (٦/ ٤٣٥) رقم (٣٨١٣) كلهم من طريق حميد عن أنس بن مالك به.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(كِتَابُ السِّيَرِ، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: في وُجُوبِ الْجِهَادِ:)

وَالنَّظَرُ في طَرَفَيْنِ:

(الأَوَّلُ: وُجُوبُهُ)، وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الكِفَايَةِ في كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً وَاحِدَةً في أَهَمِّ الْجِهَاتِ، وَالإِمَامُ يَرْعَى النَّصَفَةَ في المُنَاوَبَةِ بَيْنَ النَّاسِ.

وَفُرُوضُ الْكِفَايَاتِ كَثِيرَةٌ مَذْكُورَةٌ في مَوَاضِعِهَا، وَهُوَ كُلُّ مُهِمٍّ دِينِيٍّ يُرِيدُ الشَّرْعُ حُصُولَهُ، وَلاَ يَقْصِدُ بِهِ عَيْنَ مَنْ يَتَوَلاَّهُ، وَمِنْ جُمْلَتِهِ إِقَامَةُ الحُجَّةِ الْعِلْمِيَّةِ، وَالأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ، وَالصِّنَاعَاتُ المُهِمَّةُ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ المُسْلِمِينَ، وَالقَضَاءُ، وَتَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ، وَتَجْهِيزُ المَوْتَى، وَإِحْيَاءُ الكَعْبَةِ كُلَّ سَنَةٍ بِالحَجِّ، فَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ، جُرِّحَ بِهِ كُلُّ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَيَعْلَمُهُ أَوْلاَ يَعْلَمُ، وَلَكِنْ قَصَّرَ في البَحْثِ عَنْهُ، وَيَسْقُطُ الْجِهَادُ بِالعَجْزِ الحِسِّيِّ؛ كَالصِّبَا، وَالجُنُونِ، وَالأُنُوثَةِ، وَالمَرَضِ وَالعَرَجِ، وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ (و) عَلَى الْقِتَالِ فَارِساً، وَبِالعَمَىٰ، وَبِالفَقْرِ، أَعْنِي العَجْزَ عَنِ السِّلاَحِ، وَالرُّكُوبِ، وَنَفَقَةِ الذَّهَابِ وَالإِيَابِ؛ كَمَا في الحَجِّ، وَلاَ يَسْقُطُ (و) بِالخَوْفِ في الطَّرِيقِ مِنَ المُتَلَصِّصِينَ؛ لأَنَّ قِتَالَهُمْ أَهَمُّ.

(وَأَمَّا مَوَانِعُ السَّيْرِ عَنْهُ)، فَكَالرِّقِّ، وَمَنْعِ صَاحِبِ الدَّيْنِ، وَمَنْعِ الوَالِدَيْنِ، أَمَّا الرَّقِيقُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الجِهَادُ، وَإِنْ أَمَرَهُ سَيِّدُهُ إِذْ لاَ حَقَّ لَهُ في زَوْجَةٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الذَّبُّ عَنْ سَيِّدِهِ عِنْدَ الخَوْفِ عَلَىٰ رُوحِهِ وَلَيْسَ لِمُسْتَحِقِّ الدَّيْنِ المَنْعُ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ عَنْ سَائِرِ الأَسْفَارِ[1]، وَفِي الجِهَادِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ لأَنَّ مَصِيرَهُ إِلى المَوْتِ[2]، فَفِي وَجْهٍ يُمْنَعُ أَبَداً، وَفِي وَجْهٍ لاَ يُمْنَعُ، إِنْ خَلَّفَ وَفَاءً، وَفِي وَجْهٍ يُمْنَعُ غَيْرُ المُرْتَزِقَةِ الَّذِينَ مَعِيشَتُهُمْ مِنَ الجِهَادِ، وَلِلوَالِدَيْنِ المَنْعُ، وَالجَدُّ وَالجَدَّةُ لاَ يَبْعُدُ أَنْ يُلْحَقَا بِهِمَا، وَلَيْسَ (و) لَهُمَا المَنْعُ مِنْ حَجَّةِ الإِسْلاَمِ بَعْدَ الاسْتِطَاعَةِ[3]؛ لأَنَّهُ فَرْضُ عَيْنٍ، وَلاَ مِنْ سَفَرِ العِلْمِ الَّذِي هُوَ فَرْضُ عَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ فَرْضَ كِفَايَةٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَهُمَا المَنْعُ مِنْ رُكُوبِ البَحْرِ، وَالنَّوَادِرِ المُخْطِّرَةِ لِلتِّجَارَةِ، وَحَيْثُ لاَ خَطَرَ، لَمْ يَجُزْ لَهُمَا المَنْعُ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَالأَبُ الكَافِرُ كَالمُسْلِمِ إِلاَّ في المَنْعِ مِنَ الجِهَادِ، وَلَوْ بَلَغَ كِتَابُ الوَالِدَيْنِ أَوْ مُسْتَحِقِّ الدَّيْنِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الإِذْنِ،

---

(١) قال الرافعي: «وليس لمستحق الدين المنع بالدين المؤجل عن سائر الأسفار» هذا مذكور في «التفليس» إلاَّ أنه أطلق الكلام إطلاقاً والمراد غير السفر المخوف وفي المخوف كالجهاد وسفر البحر الوجوه المذكور ها هنا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي الجهاد ثلاثة أوجه لأن مصيره إلى الموت... إلى آخره» لوجوه الأظهر من الخلاف على ما اختاره الإمام وجماعة، وجه رابع أهمله ها هنا وهو أنه لا يمنع لرَبِّ الدين الحال واقتصر على ذكره في التَّفليس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وليس لهما المنع من حجة الإسلام بعد الاستطاعة» المسألة مذكورة من باب موانع الحج لكبير حكى فيها هناك وجهين واقتصر ها هنا على الجواب الأصح. [ت]

وَهُوَ فِي الطَّرِيقِ، فَلْيَنْصَرِفْ، إِنْ قَدَرَ، وإِلاَّ فَلْيَقُمْ فِي قَرْيَةٍ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِتَالِ، وَجَبَ ٱلانْصِرَافُ عَلَىٰ وَجْهٍ، إِنْ لَمْ يَخَفْ وَهَنَ الْمُسْلِمِينَ، وَلاَ يَجِبُ فِي وَجْهٍ، وَيُتَخَيَّرُ فِي وَجْهٍ.

وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْعِلْمَ وَفُرُوضَ الكِفَايَةِ لاَ تَتَعَيَّنُ بِالشُّرُوعِ، وَإِنْ أَنِسَ الْمُتَعَلِّمُ الرُّشْدَ مِنْ نَفْسِهِ، وَفِي صَلاَةِ الجَنَازَةِ خِلاَفٌ، وَالْجِهَادُ إِنَّمَا يَحْرُمُ فِيهِ النُّزُوعُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْذِيلِ، هَذَا كُلُّهُ فِي قِتَالِ نَفَرٍ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَإِنْ وَطِىءَ الكُفَّارُ دَارَ الْمُسْلِمِينَ، تَعَيَّنَ عَلَىٰ كُلِّ مَنْ لَهُ مُنَّةُ قِتَالِهِمْ؛ حَتَّى العَبْدِ وَالمَرْأَةِ، وَٱنْحَلَّ الحَجْرُ عَنِ العَبْدِ، إِنْ لَمْ يُسْتَغْنَ عَنْهُ، وَإِنِ ٱسْتُغْنِيَ، وَلَكِنْ كَانَ فِيهِمْ زِيَادَةُ قُوَّةٍ، فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ فِيهِمْ كِفَايَةٌ، فَفِي وُجُوبِ المُسَاعَدَةِ عَلَى الآخَرِينَ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ مَسَافَةِ القَصْرِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ المَرْكُوبُ فِيمَنْ دُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ، وَفِيمَنْ وَرَاءَهُ وَجْهَانِ، وَهَلْ يُنَزَّلُ نُزُولُهُمْ فِي مَوَاتِ دَارِ الإِسْلاَمِ وَأَسْرُهُمْ مُسْلِماً أَوْ مُسْلِمِينَ فِي تَعْيِينِ الوُجُوبِ مَنْزِلَةَ دُخُولِهِمْ البِلاَدَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ القِيَامُ بِعُلُومِ الشَّرْعِ، فَأَمَّا مُهِمَّاتُ الصَّلاَةِ وَالوُضُوءِ، فَفَرْضُ عَيْنٍ؛ وَكَذَا عِلْمُ التِّجَارَةِ فَرْضٌ عَلَى التَّاجِرِ؛ وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ صَنْعَةٍ، وَهُوَ القَدْرُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي «كِتَابِ آدَابِ الْكَسْبِ وَالتِّجَارَةِ»، دُونَ الفُرُوعِ النَّادِرَةِ، وَلاَ يَتَعَيَّنُ مِنَ الأُصُولِ إِلاَّ ٱعْتِقَادٌ صَحِيحٌ فِي التَّوْحِيدِ فِي صِفَاتِ اللهِ؛ كَمَا وَرَدَ فِي القُرْآنِ.

وَالقِيَامُ بِدَفْعِ شُبْهَةِ المُبْتَدِعَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ؛ وَكَذَا القِيَامُ بِالفَتْوَىٰ، وَأَمَّا السَّلاَمُ فَٱبْتِدَاؤُهُ سُنَّةٌ، وَالجَوَابُ فَرْضُ عَيْنٍ عَلَى الوَاحِدِ وَفَرْضُ كِفَايَةٍ عَلَى الجَمَاعَةِ، وَلاَ يُسَنُّ السَّلاَمُ عَلَى المُصَلِّي، وَمَنْ يَقْضِي حَاجَتَهُ وَفِي الحَمَّامِ، وَتَشْمِيتُ العَاطِسِ وَجَوَابُهُ مُسْتَحَبٌّ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ الجِهَادِ[1])

وَالنَّظَرُ فِي تَصَرُّفِ الإِمَامِ فِيهِمْ بِالْقِتَالِ، وَٱلاسْتِرْقَاقِ، وَٱلاغْتِنَامِ:

(النَّظَرُ الأَوَّلُ فِي الْقِتَالِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

---

(١) الجهاد في اللّغة المبالغة واستفراغ الوسع في الشيء مشتق من الجهد يقال جهد الرجل في كذا: أي جدّ فيه وبالغ ويقال أجهد جهدك: أي أبلغ غايتك، ومنه قوله تعالى: ﴿وجاهدوا في الله حق جهاده﴾ وقوله تعالى: ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ أي بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها. وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازيّة قول العرب. سقاه لبناً مجهوداً وهو الذي أخرج زبده أو أكثر ماؤه ويقال أجهد فيه الشيب إذا كثر هذا معناه في اللغة، وهو كما نرى عام في ذاته وفي غايته ينظر: لسان العرب: ١/ ٧١٠، المصباح المنير ١١٢، المعجم الوسيط ١/ ١٤٢.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك.

عرفه الشافعية بأنه: المتلقى تفسيره من سيرته ـ صلى الله عليه وسلم ـ =

(الأولى): أَنَّهُ يَجُوزُ ٱلاسْتِعَانَةُ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ وبِالمُشْرِكِ الَّذِي تُؤْمَنُ غَائِلَتُهُ، وَبِالعَبِيدِ، إِذَا أَذِنَ السَّادَةُ، وَبالمُرَاهِقِينَ.

وَالذِّمِّيُّ، إِنْ حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، فَفِي ٱسْتِحْقَاقِهِ الرَّضْخَ خِلافٌ، وَإِنْ نُهِيَ، فَحَضَرَ، لَمْ يَسْتَحِقَّ، وَالْمُخذِّلُ يَخْرُجُ مِنَ الجُنْدِ[1] وَلاَ يَسْتَحِقُّ شَيْئاً (ح و)، وَإِنْ حَضَرَ.

(الثَّانِيَةُ): لاَ يَصِحُّ ٱسْتِئْجَارُ المُسْلِمِ عَلَى الجِهَادِ؛ إِذْ يَقَعُ عَنْهُ، لَكِنْ لِلإِمَامِ أَنْ يُرَغِّبَهُمْ بِبَذْلِ الأُهْبَةِ وَالسِّلاَحِ، وَلَوْ أَخْرَجَهُمْ قَهراً، لَمْ يَسْتَحِقُّوا الأُجْرَةَ، وَلَوْ عَيَّنَ الإِمَامُ شَخْصاً لِدَفْنِ مَيِّتٍ وَغَسْلِهِ، فَلا أُجْرَةَ لَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ تَرِكَةٌ، أَوْ فِي بَيْتِ المَالِ مُتَّسَعٌ، وَيَجُوزُ ٱسْتِئْجَارُ العَبِيد، إِنْ قُلْنَا: لاَ يَجِبُ عَلَيْهِمُ القِتَالُ بِحَالٍ، وَيَجُوزُ ٱسْتِئْجَارُ الذِّمِّيِّ.

وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ جُعَالَةٌ[2] لِلجِهَادِ.

وَفِي ٱسْتِقْلاَلِ الآحادِ بِٱسْتِئْجَارِ الذِّمِّيِّ وَجْهَانِ؛ كَما في الأذانِ، وَلَوْ أَخْرَجَ أَهْلُ الذِّمَّةِ قَهراً، ٱسْتَحَقُّوا أُجْرَةَ المِثْلِ مِنَ الغَنِيمَةِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَمِنْ بَيْتِ المَالِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَلَوْ خُلِّيَ سَبِيلُهُم قَبْلَ الوُقُوفِ، لَمْ يَسْتَحِقُّوا إِلاَّ أُجْرَةَ الذَّهَابِ، وَلَوْ وَقَفُوا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، فَفِي ٱسْتِحْقَاقِهِمُ الأُجْرَةَ الكَامِلَةَ خِلاَفٌ (و).

(الثَّالِثَةُ: فِيمَنْ يَمْتَنِعُ قَتْلُهُ)، وَهُوَ الرَّحِمُ؛ كَالأَبِ[3] وَالأُمِّ والصَّبِيِّ وَالمَرْأَةِ، وَإِنْ شُكَّ فِي بُلُوغِ الصَّبِيِّ، كُشِفَ عَنْ مُؤْتَزَرِهِ، وَٱعْتُمِدَ (ح) نَبَاتُ شَعْرِ العَانَةِ، فَإِنْ قَالَ: ٱسْتَعْمَلْتُهُ بِالدَّوَاءِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ عَيْنُ البُلُوغِ، لاَ عَلاَمَتُهُ، وَلاَ يُعَوَّلُ عَلَى ٱخْضِرَارِ الشَّارِبِ، وَيُعَوَّلُ (و). عَلَىٰ مَا خَشُنَ مِنْ شَعْرِ الإِبِطِ وَالوَجْهِ، وَفِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ وَالعَسِيفِ وَٱلحَارِسِ وَالشَّيْخِ قَوْلاَنِ، وَفِي السُّوقَةِ طَرِيقَانِ مِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِقَتْلِهِمْ، فَإِنْ لَمْ يُقْتَلُوا أُرِقُّوا لِمُجَرَّدِ الأَسْرِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

= عرفه المالكية بأنه: قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاءِ كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخول أرضه له.

عرفه الحنابلة بأنه: قتال الكفار خاصة بخلاف المسلمين من البغاة وقطاع الطريق وغيره.

ينظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٩، نهاية المحتاج ٤٥/٨، المحلى على المنهاج ٢١٣/٤، شرح الزرقاني ١٠٦/٢٣، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣٢/٣.

(١) قال الرافعي: «والمخذل يخرج من الجند إلى اخره» قد ذكر مرة في قسمة الغنائم، لكن اللفظ هناك أنه يخرج من الصف، وإنما يخرج من الصف إذا لم يخف منه وهن. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويجوز استجار الذمي، وقيل: إن ذلك جعالة» من هذا غنية عن قوله في الإجارة ويجوز للإمام استئجار أهل الذمة للجهاد. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فيمن يمتنع قتله وهو الرحم كالأب» هذا مغن عن قوله: ولا الغازي حيث قال في أبواب القصاص وكذلك لا يقتل الجلاد أباه، ولا الغازي. [ت]

وَلَمْ يُرْفَقْ إِلاَّ بِإِرْقَاقٍ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيَمْتَنِعُ ٱسْتِرْقَاقُهُمْ أَصْلاً؛ عَلَىٰ وَجْهٍ بَعِيدٍ، وَهُوَ جَارٍ فِي المَنْعِ مِنْ سَبْيِ ذَرَارِيهِمْ وَنِسَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ.

والشَّيْخُ ذُو الرَّأْيِ يُقْتَلُ.

(الرَّابِعَةُ): يَجُوزُ نَصْبُ المَنْجَنِيقِ عَلَىٰ قِلاَعِهِمْ، وَإِنْ كَانُوا فِيهِمْ نِسْوَةٌ وَصِبْيانٌ؛ وَكَذَا إِضْرَامُ النَّارِ وَإِرْسَالُ المَاءِ، وَلَوْ تَتَرَّسُوا بِالنِّسَاءِ، ضَرَبْنَا التُّرْسَ، إِلاَّ إِذَا كَانُوا دَافِعِينَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ غَيْرَ مُقَاتِلِينَ لَنَا، فَفِي جَوَازِ قَتْلِ النِّسَاءِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانُوا فِي القَلْعَةِ، فَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ؛ كَيْلاَ يَنْجد ذَلِكَ حِيلَةً، وَإِنْ كَانَ فِي القَلْعَةِ أَسِيرٌ، عَلِمْنَا أَنَّهُ تُصِيبُهُ النَّارُ وَالمَنْجَنِيقُ ٱحْتَرَزْنَا، وَإِنْ تَوَهَّمْنَا إِصَابَتَهُ، فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ تَتَرَّسَ كَافِرٌ بِمُسْلِمٍ، لَمْ يُقْصَدِ المُسْلِمُ، وَإِنْ خِفْنَا عَلَىٰ أَنْفُسِنَا، فَإِنَّ دَمَ المُسْلِمِ لاَ يُبَاحُ بِالخَوْفِ، وَإِنْ تَتَرَّسُوا فِي الصَّفِّ، وَلَوْ تَرَكْنَاهُمْ، لانْهَزَمَ المُسْلِمُونَ، وَعَظُمَ الشَّرُّ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الخَامِسَةُ) لاَ يَجُوزُ ٱلانْصِرَافُ مِنْ صَفِّ القِتَالِ[1]، إِنْ كَانَ فِيهِ ٱنْكِسَارٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَيَجُوزُ إِنْ قَصَدَ التَّحَيُّزَ إِلَىٰ فِئَةٍ قَرِيبَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا فِي هَذَا القِتَالِ.

وَهَلْ يَجُوزُ إِذَا قَصَدَ التَّحَيُّزَ إِلَىٰ فِئَةٍ بَعِيدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا، فَبَدَا لَهُ أَلاَّ يُقَاتِلَ مَعَ الفِئَةِ البَعِيدَةِ أَيْضاً، جَازَ، وَلاَ يَشْتَرِكُ فِي هَذَا المَغْنَمِ، إِنْ فَارَقَ قَبْلَ ٱلاغْتِنامِ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ المُتَحَيِّزُ إلى فِئَةٍ قَرِيبَةٍ؟ فيه وجهان.

ويجوز الانهزامُ بِكُلِّ حالٍ إِذَا زَادَ عَدَدُ الكُفَّارِ عَلَى الضِّعْفِ، لَكِنْ فِي ٱنْهِزَامِ مِائَةِ بَطَلٍ مِنْ مِائَتَيْ ضَعِيفٍ وَوَاحِدٍ خِلاَفٌ؛ مَأْخَذُهُ أَنَّ النَّظَرَ إِلَىٰ صُورَةِ العَدَدِ أَوْ إِلَى المَعْنَىٰ؟ وَيَجُوزُ ٱلاسْتِبْدَادُ بِالمُبَارَزَةِ دُونَ إِذْنِ الإِمَامِ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ؛ حَتَّىٰ يَنْفُذَ أَمَانُهُ لِقَرْيَةٍ، وَفِي نَقْلِ رُءُوسِ الكُفَّارِ إِلَىٰ بِلاَدِ الإِسْلاَمِ كَرَاهَةٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ نِكَايَةٌ فِي الكُفَّارِ[2].

(التَّصَرُّفُ الثَّانِي، بِٱلاسْتِرْقَاقِ)، وَلاَ يَجُوزُ(و) ٱسْتِرْقَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ قَبْلَ الظَّفَرِ بِهِ، وَيَجُوزُ ٱسْتِرْقَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِ، وَلا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَوْنُ المَرْأَةِ حَامِلاً بِوَلَدِ مُسْلِمٍ، لَكِنْ لاَ يُرَقُّ الوَلَدُ، وَمَنْكُوحَةُ الذِّمِّيِّ تُسْبَىٰ، وَيَنْقَطِعُ نِكَاحُهُ، وَفِي مُعْتَقَتِهِ وَجْهَانِ، وَمُعْتَقُ المُسْلِمِ لاَ يُسْبَىٰ (و)، وفي مَنْكُوحَتِهِ وَجْهان، فإِنْ قُلْنَا يُسْبَى، انقطَعَ(و) نِكَاحُهُ عَنِ الأَمَةِ الكِتَابِيَّةِ وَلاَ تَنْقَطِعُ إِجَارَتُهُ عَنِ الدَّارِ المَسْبِيَّةِ وَالعَبْدِ المَسْبِيِّ، وَالزَّوْجَانِ، إِذَا سُبِيَا أَوْ أَحَدُهُمَا، انْقَطَعَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَفِي ٱنْقِطَاعِ نِكَاحِ الرَّقِيقَيْنِ المَسْبِيَّيْنِ مَعاً وَجْهَانِ، والمَسْبِيُّ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ(و)، فَيَقْضِي مِنْ مَالِهِ

(١) قال الرافعي: «لا يجوز الانصراف من صف القتال إن كان... إلى آخره» لم يتعرّض الجمهور للانكسار، بل قالوا: إذا التقى الصفان فإن لم يزد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين لم يجز الانصراف، إلا إذا انصرف متحرفاً لقتال أو متحيزا إلى فئة، إن زاد عددهم على الضعف جاز الإنصراف مطلقاً. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلا أن تكون له نكاية في الكفار» قضيته الجزم بنفي الكراهة حينئذ، ولم يتعرض له الأكثرون. [ت]

الَّذِي لَمْ يُغْنَمْ قَبْلَ ٱسْتِرْقَاقِهِ، فَإِنَّ حَقَّ الدَّيْنِ مُقَدَّمٌ عَلَىٰ حَقِّ الغَنِيمَةِ، إِلاَّ إِذَا سَبَقَ ٱلاغْتِنَامُ رِقَّهُ، وَلَوْ وَقعَا مَعاً، فَالظَّاهِرُ (و) تَقْدِيمُ الغَنِيمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ، فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَىٰ أَنْ يُعْتَقَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ لِحَرْبِيٍّ، ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ قَبِلاَ الأَمَانَ، وَالدَّيْنُ قَائِمٌ، وَكَذَا لَوْ سَبَقَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى الإِسْلاَمِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ خَمْراً، وَهَذَا فِي دَيْنٍ لَزِمَ بِالقَرْضِ وَالمُعَامَلَةِ، فَإِنْ كَانَ أَتْلَفَ مَالَ حَرْبِيٍّ أَوْ غَصَبَهُ، فَلاَ تَبِعَةَ لَهُ بَعْدَ الإِسْلاَمِ وَالأَمَانِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

(فَرْعٌ) إِذَا سُبِيَتِ ٱمْرَأَةٌ وَوَلَدُهَا الصَّغِيرُ، لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ وَالقِسْمَةِ[1]، وَلَوْ تُبِعَتْ مَعَ الجَدَّةِ، وَقُطِعَتْ عَنِ الأُمِّ، فَفِي الجَوَازِ قَوْلاَنِ، وَالجَدَّةُ فِي مَعْنَى الأُمِّ عِنْدَ عَدَمِهَا، وَالأَبُ هَلْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا؟ قَوْلاَنِ[2]، وَهَلْ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَىٰ سَائِرِ المَحَارِمِ؟ قَوْلاَنِ[3].

(التَّصَرُّفُ الثَّالِثُ) إِهْلاَكُ أَمْوَالِهِمْ غَيْظاً لَهُمْ جَائِزٌ، إِذَا لَمْ يُمْكِنْ تَمَلُّكُهُ إِلاَّ الحَيَوَانَاتِ (ح م)، وأَمَّا الأَشْجَارُ، فَيَجُوزُ قَطْعُهَا، وَيَجِبُ إِهْلاَكُ كُتُبِهِمُ الَّتِي لاَ يَحِلُّ ٱلانْتِفَاعُ بِهَا؛ وَفِي جَوَازِ ٱسْتِصْحَابِهَا لِفَائِدَةِ تَعَرُّفِ مَذَاهِبِهِمْ تَرَدُّدٌ، وَكَلْبُ الغَنِيمَةِ يَخُصُّ بِهِ الإِمَامُ مِنْ شَاءَ، إِذْ لاَ مِلْكَ فِيهِ.

(التَّصَرُّفُ الرَّابِعُ: ٱلاغْتِنَامُ)، وَالغَنِيمَةُ كُلُّ مَا أَخَذَتْهُ الفِئَةُ المُجَاهِدَةُ عَلَىٰ سَبِيلِ الغَلَبَةِ[4] دُونَ مَا يُخْتَلَسُ (و)، وَيُسْرَقُ؛ فَإِنَّهُ خَاصٌّ مِلْكِ المُخْتَلِسِ[5] وَدُونَ مَا يَنْجَلِي عَنْهُ الكُفَّارُ بِغَيْرِ قِتَالٍ، فَإِنَّهُ فَيْءٌ، وَدُونَ اللُّقَطَةِ؛ فَإِنَّهَا لآخِذِهَا.

وَلِلْغَنِيمَةِ أَحْكَامٌ:

(الأَوَّلُ): أَنَّهُ يَجُوزُ التَّبَسُّطُ فِي أَطْعِمَتِهَا قَبْلَ القِسْمَةِ، مَا دَامُوا فِي دَارِ الحَرْبِ؛ لأَجْلِ الحَاجَةِ، وَيَجْرِي ذَلِكَ فِي القُوتِ، وَاللَّحْمِ، وَالتِّبْنِ، وَالشَّعِيرِ، وَلاَ يَجْرِي فِي الفَانِيدِ[6]. وَالسُّكَّرِ وَأَمْثَالِهِ، وَفِي الفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ وَجْهَانِ (و)، وَيَجُوزُ فِي الشَّحْمِ الأَكْلُ، وَلِتَوْقِيحِ[7] الدَّوَابِّ وَجْهَانِ.

وَلاَ يَجُوزُ فِي الحَيَوَانَاتِ إِلاَّ الغَنَمَ؛ فَإِنَّهُ طَعَامٌ، فَيُذْبَحُ، وَيُؤْكَلُ، وَيُرَدُّ جِلْدُهُ إِلَى المَغْنَمِ، وَلاَ

---

(١) قال الرافعي: «لم يفرق بينهما في البيع والقسمة» قد سبق بمقصوده فذكر في البيع حيث قال نهى عن أن توله والدة بولدها. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والأب هل هو في معناها؟ فيه قولان» قيل: وجهان. [ت]

(٣) قال الرافعي: وهل يتعدى التحريم إلى سائر المحارم؟ فيه قولان قيل هما وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «والغنيمة كل ما أخذته الفئة المجاهدة على سبيل الغلبة» هذا مذكور مرة في باب قسمة الغنائم. [ت]

(٥) قال الرافعي: «والغنيمة كل مال إلى قوله فإنه خاص ملك المختلس» هذا وجه ادعى الإمام أنه المذهب المشهور، والأكثرون جعلوه غنيمة مُخَمَّسَةً. [ت]

(٦) الفانيذ: نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا، وهي كلمة أعجمية.
ينظر المصباح المنير ص (٤٨١).

(٧) توقيح الدابة: تصليب حافره إذا حَفِي بالشحم المذاب حتى يقوى ويصلب.
ينظر المصباح المنير ص (٦٦٧).

يَجِبُ قِيمَةُ اللَّحْمِ، وَإِنْ أَمْكَنَ سُوقُ الغَنَمِ؛ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

وَيُبَاحُ (و) الأَخْذُ لِمَنْ مَعَهُ طَعَامٌ، وَمَنْ لَيْسَ مَعَهُ، وَلَكِنْ قَدْرَ الحَاجَةِ، فَلَوْ أَضَافَ بِهِ مَنْ لَيْسَ مِنَ الغَانِمِينَ، فَهُوَ كَتَقْدِيمِ المَغْصُوبِ إِلَى الضَّيْفِ، وَلَوْ فَضَلَ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ الدُّخُولِ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ، فَمَا لَهُ قِيمَةٌ، رُدَّ عَلَى المَغْنَمِ.

وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً، فَوَجْهَانِ[1].

وَلَوْ لَحِقَ مَدَدٌ بَعْدَ ٱلاغْتِنَامِ، فَفِي جَوَازِ التَّبَسُّطِ لَهُمْ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَجِدُوا سُوقاً فِي أَطْرَافِ بِلَادِ ٱلاغْتِنَامِ، أَوْ وَجَدُوهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، فَفِي جَوَازِ الأَخْذِ وَجْهَانِ، وَإِذَا أَخَذَ، ثُمَّ أَقْرَضَ غَانِماً آخَرَ، فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِمِثْلِهِ مِنَ المَغْنَمِ، مَا دَامُوا فِي الحَرْبِ، وَلاَ يُطَالِبُهُ مِنْ خَاصِّ مِلْكِهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يُطَالِبُهُ، وَكَأَنَّ المُسْتَقْرِضَ أَخَذَهُ.

(وَالحُكْمُ الثَّانِي لِلغَنِيمَةِ): أَنَّهُ يَسْقُطُ بِالإِعْرَاضِ قَبْلَ القِسْمَةِ، وَلاَ يَسْقُطُ بَعْدَهَا، وَهَلْ يَسْقُطُ بَعْدَ إِفْرَازِ الخُمُسِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ.

وَقَوْلُهُ: «ٱخْتَرْتُ الغَنِيمَةَ»، هَلْ يَمْنَعُهُ عَنِ الإِعْرَاضِ بَعْدَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ جَمْعُ الغَانِمِينَ، لَمْ يَصِحَّ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَصْرِفِ الخُمُسِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَإِعْرَاضُ ذَوِي القُرْبَى بِأَجْمَعِهِمْ عَنْ سَهْمِهِمْ لاَ يَصِحُّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ المُفْلِسِ، وَإِنْ أَحَاطَتْ بِهِ الدُّيُونُ، وَلاَ يَصِحُّ إِعْرَاضُ السَّفِيهِ، وَلاَ يَصِحُّ إِعْرَاضُ الصَّبِيِّ، إِلاَّ إِذَا بَلَغَ قَبْلَ القِسْمَةِ، وَلاَ يَصِحُّ إِعْرَاضُ العَبْدِ عَنِ الرَّضْخِ، وَيَصِحُّ إِعْرَاضُ سَيِّدِهِ، وَفِي صِحَّةِ الإِعْرَاضِ عَنِ السَّلَبِ، وَالسَّالِبُ مُتَعَيِّنٌ، وَجْهَانِ، وَمَنْ أَعْرَضَ عَنِ الغَنِيمَةِ قُدِّرَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، وَقُسِّمَ عَلَى البَاقِينَ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الإِعْرَاضِ، قَامَ الوَارِثُ مَقَامَهُ؛ وَمِنْ هَذَا نَشَأَ خِلاَفٌ فِي المِلْكِ[2]، فَفِي قَوْلٍ: لاَ تُمْلَكُ الغَنِيمَةُ إِلاَّ بِالقِسْمَةِ، وَفِي قَوْلٍ: تُمْلَكُ بِٱلاسْتِيلاَءِ مِلْكاً ضَعِيفاً يَسْقُطُ بِالإِعْرَاضِ، وَفِي قَوْلٍ: هُوَ مَوْقُوفٌ إِلَى القِسْمَةِ وَالإِعْرَاضِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي المَغْنَمِ بَعْضُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الغَانِمِينَ، لَمْ يَعْتِقْ حِصَّتُهُ مَا لَمْ يَقَعْ فِي حِصَّتِهِ، وَلَمْ يَمْنَعْهُ ذَلِكَ عَنِ الإِعْرَاضِ، وَلَوِ ٱسْتَوْلَدَ جَارِيَةً، وَقُلْنَا لاَ يَمْلِكُ، فَلاَ حَدَّ، وَلاَ يَنْفُذُ الإِسْتِيلاَدُ فِي نَصِيبِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، فَفِي نُفُوذِهِ فِي حِصَّتِهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ لِضَعْفِ المِلْكِ، نَفَذَ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَمْلِكُ، فَقَوْلاَنِ؛ كَٱسْتِيلاَدِ الأَبِ جَارِيَةَ ٱلابْنِ، وَمِنْ هَذَا خُرِّجَ قَوْلٌ فِي أَنَّ نَصِيبَهُ مِنَ القَرِيبِ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ نَفَذَ فِي نَصِيبِهِ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الغَنِيمَةِ أَوْ

---

(١) قال الرافعي: «ولو فضل منه شيء إلى قوله: فوجهان» هذه طريقة؛ ورجح المعظم طرد الخلاف في الفاضل كم كان وجعل الخلاف وجهين والمشهور أن الخلاف قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ومن هذا نشأ خلافاً في الملك. . . إلى آخره» المشهور أنه وجوه لا أقوال. [ت]

لِغَيْرِه، سَرَىٰ، وَالوَلَدُ حُرٌّ (ح) جَمِيعُهُ، وَفِي وُجُوبِ حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ قَوْلاَنِ؛ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّهُ يَنْتَقِلُ المِلْكُ إِلَيْهِ قُبَيْلَ العُلُوقِ أَوْ بَعْدَهُ، كَمَا فِي الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ، وَوَلَدُهُ عَلَىٰ كُلِّ حَالٍ حُرٌّ وَنَسِيبٌ (ح)، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ مُعْسِراً، وَوَقَفَ الاسْتِيلاَدُ عَلَىٰ بَعْضِهِ، فَيَعْتِقُ جَمِيعُ الوَلَدِ أَوْ بَعْضُهُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَيَجْرِي فِي وَلَدِ الجَارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ[1]، لَكِنَّ الأَظْهَرَ أَنَّ الشَّرِكَةَ شُبْهَةٌ تُوجِبُ حُرِّيَّةَ الوَلَدِ، نَعَمْ: مَنْ نِصْفُهَا حُرٌّ، وَنِصْفُهَا رَقِيقٌ، فَوَلَدُهَا يَتَبَعَّضُ فِي الرِّقِّ إِذْ لاَ شُبْهَةَ، وَأَمَّا الحَدُّ، فَلاَ يَجِبُ، وَالمَهْرُ يَجِبُ جَمِيعُهُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لاَ مِلْكَ لَهُ، وَيُوضَعُ فِي المَغْنَمِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، حُطَّ عَنْهُ قَدْرُ حِصَّتِهِ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ): أَنَّ أَرَاضِيَ الكُفَّارِ تُمْلَكُ بِالاسْتِيلاَءِ، وَقَدْ مَلَّكَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَرَاضِيَ العِرَاقِ[2]، وَقَسَّمَهَا، ثُمَّ اسْتَطَابَ عَنْهَا قُلُوبَ المُلاَّكِ، وَوَقَفَهَا وَآجَرَهَا مِنْ سُكَّانِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً لأَجْلِ المَصْلَحَةِ، وَضَرَبَ الأُجْرَةَ خَرَاجاً عَلَيْهِمْ؛ فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ أَرَاضِي العِرَاقِ، وَيَصِحُّ إِجَارَتُهَا مِنْ أَرْبَابِهَا إِجَارَةً مُؤَقَّتَةً لاَ مُؤَبَّدَةً، وَلاَ يُزْعَجُ عَنْهَا سُكَّانُهَا، إِذَا وَرِثُوهَا مِنْ آبَائِهِمُ الَّذِينَ اسْتَأْجَرُوهَا مِنْ عُمَرَ، وَلاَ يَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِالمَوْتِ، وَأَمَّا مَكَّةُ، فَيَصِحُّ بَيْعُ دُورِهَا؛ لأَنَّهَا مِلْكٌ، وَقَدْ فُتِحَتْ عَنْوَةً[3].

(البَابُ الثَّالِثُ: فِي تَرْكِ القَتْلِ، وَالقِتَالِ بِالأَمَانِ)

وَالأَمَانُ مَصْلَحَةٌ فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ، وَمَكِيدَةٌ مِنْ مَكَائِدِ القِتَالِ فِي المُبَارَزَةِ، وَلاَ يَصِحُّ مِنْ آحَادِ المُسْلِمِينَ إِلاَّ فِي آحَادِ الكُفَّارِ، أَوْ عَدَدٍ مَحْصُورِينَ، وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُؤْمِنٍ مُكَلَّفٍ؛ حَتَّى العَبْدِ (ح) وَالمَرْأَةِ وَالشَّيْخِ الهَرِمِ وَالسَّفِيهِ، وَلاَ يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ (و) وَصَبِيٍّ، وَيَنْعَقِدُ بِاللَّفْظِ وَالكِتَابَةِ وَالإِشَارَةِ المُفْهِمَةِ، فَإِنْ رَدَّ الكَافِرُ، ارْتَدَّ، وَإِنْ قَبِلَ، صَحَّ، وَلاَ يَكْفِي سُكُوتُهُ، بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ قَبُولٍ، وَلَوْ بِالفِعْلِ، فَلَوْ أَشَارَ عَلَيْهِمْ مُسْلِمٌ فِي صَفِّ الكُفَّارِ، فَانْحَازَ إِلَىٰ صَفِّ المُسْلِمِينَ، وَتَفَاهَمَا الأَمَانَ، فَهُوَ أَمَانٌ، وَإِنْ ظَنَّ الكَافِرُ؛ أَنَّهُ أَرَادَ الأَمَانَ، وَالمُسْلِمُ لَمْ يُرِدْهُ، فَلاَ يُغْتَالُ، بَلْ يُلْحَقُ بِمَأْمَنِهِ، وَلَوْ قَالَ: مَا فَهِمْتُ الأَمَانَ، يُغْتَالُ، وَمَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِسِفَارَةٍ أَوْ لِسَمَاعِ كَلاَمِ اللهِ تَعَالَىٰ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَىٰ عَقْدِ أَمَانٍ، بَلْ ذَلِكَ القَصْدُ يُؤَمِّنُهُ، وَقَصْدُ التِّجَارَةِ لاَ يُؤَمِّنُهُ، وَإِنْ ظَنَّهُ أَمَاناً، وَلَوْ قَالَ الوَالِي: أَمِنْتَ مِنْ قَصْدِ التِّجَارَةِ، صَحَّ، وَلاَ يَصِحُّ مِنَ الآحَادِ، فَإِنْ ظَنَّ الكَافِرُ صِحَّتَهُ، فَلاَ يُغْتَالُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَشَرْطُ الأَمَانِ أَلاَّ يَزِيدَ عَلَىٰ سَنَةٍ، وَيَصِحُّ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَفَوْقَ ذَلِكَ إِلَى السَّنَةِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَمَّنَ جَاسُوساً أَوْ مَنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ، لَمْ يَنْعَقِدْ، وَلاَ تُشْتَرَطُ المَصْلَحَةُ، بَلْ يَكْفِي عَدَمُ المَضَرَّةِ لِلصِّحَّةِ،

---

(١) قال الرافعي: «ويجري في ولد الجارية المشتركة إلى آخره» يشعر بأن الأظهر في استيلاد أحد الغانمين التبعيض، والأشبه أنه لا فرق وأن الولد حر هناك أيضاً.

(٢) قال الرافعي: «وقد ملك عمر رضي الله عنه أراضي العراق... إلى آخره» هذا يشتمل على ما ذكره في «الرهن» إلا أنه حدها هناك، وحكى وجه ابن سريج، وأهملها ها هنا وكان بسبيل من أن يقتصر ويختصر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «لأنها ملك، وقد فتحت عنوة» ظاهره مخالف المذهب، فقد اشتهر أَنَّ مكّة فتحت صلحاً عندنا، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ فتحت عنوةً واللُّقَطَة التي أجراها مؤولة. [ت]

وَحُكْمُهُ إِذَا ٱنعقَدَ، كَفَفْنَا عَنْهُ وَعَمَّا مَعَهُ مِنْ أَهْلٍ وَمَالٍ، إِنْ شَرَطَ ذَلِكَ في الأَمَانِ، وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ قَوْلِهِ: أَمَّنْتُكَ، فَفِي سِرَايَتِهِ إِلَى الأَهْلِ وَالمَالِ الَّذِي مَعَهُ وَجْهَانِ، وَفِي عَقْدِ الأَمَانِ لِلمَرْأَةِ مَقْصُوداً لِلعِصْمَةِ عَنْ ٱلاسْتِرْقَاقِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ تَابِعٌ، وَالأَسِيرُ إِذَا أُمِّنَ مِنْ أَسْرِهِ، فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لأَنَّهُ كَالمُكْرَهِ، وَلَوْ أُمِّنَ غَيْرُهُ، فَوَجْهَانِ، وَيَلْزَمُهُ حُكْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ غَيْرَهُ، فَلَوْ أَمَّنَهُمْ، وَأَمَّنُوهُ بِشَرْطِ أَلاَّ يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ، لَزِمَهُ الخُرُوجُ، مَهْمَا قَدَرَ، وَإِنْ حَلَفَ بِالطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ وَالأَيْمَانِ المُغَلَّظَةِ، لَكِنْ يُكَفِّرُ، وَدَعَهُ يَقَعُ طَلاَقُهُ وَعَتَاقُهُ فَلاَ رُخْصَةَ في المَقَامِ؛ حَيْثُ يُبْذَلُ المُسَلَّمُ، وَلَكِنْ عِنْدَ الخُرُوجِ لاَ يَغْتَالُهُمْ، إِنْ أَمَّنَهُمْ، وَلَوِ ٱتَّبَعَهُ قَوْمٌ، فَلَهُ دَفْعُهُمْ وَقَتْلُهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ، وَلَوْ شَرَطُوا عَلَيْهِ الرُّجُوعَ، لَمْ يَلْزَمْهُ (و)، وَلَوْ شَرَطَ إِنْفَاذَ مَالٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَ قَدِ ٱشْتَرَىٰ مِنْهُمْ شَيْئاً، وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ، لَزِمَهُ إِنْفَاذُهُ، وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الشِّرَاءِ، فَعَلَيْهِ رَدُّ العَيْنِ، وَعَلَى القَدِيمِ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ رَدِّ العَيْنِ أَوِ الثَّمَنِ، إِذْ يَقِفُ العَقْدُ، وَالكَافِرُ إِذَا أَسْلَمَ، وَقَدْ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، أَوْ ظِهَارٍ، لَمْ تَسْقُطْ بِإِسْلاَمِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَكَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى المُبَارِزِ، مَعَ قُوَّتِهِ الوَفَاءُ بِشَرْطِهِ، وَإِنْ شَرَطَ القَوْمُ الكَفَّ عَنْهُ إِلَىٰ أَنْ يَتِمَّ القِتَالُ، جَازَ أَنْ يُقْتَلَ الكَافِرُ، إِذَا وَلَّىٰ مُدْبِراً؛ إِذْ تَمَّ القِتَالُ بِالهَزِيمَةِ.

وَإِنْ أَثْخَنَ المُسْلِمُ، وَقُصِدَ تَذْفِيفُهُ مَنَعْنَاهُ، وَإِنْ شَرَطَ لَهُ التَّمْكِينَ مِنْهُ، فَهَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَلَوْ خَرَجَ جَمَاعَةٌ لإِعَانَةِ كَافِرٍ بِٱسْتِنْجَارِهِ، قَتَلْنَاهُ مَعَهُمْ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ نَتَعَرَّضْ لَهُ.

وَيَتِمُّ النَّظَرُ في مُشَارَطَاتِ الكُفَّارِ بِثَلاَثِ مَسَائِلَ:

(الأُولَىٰ): إِذَا دَلَّ عِلْجٌ عَلَىٰ قَلْعَةٍ بِشَرْطِ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ جَارِيَةٌ فِيهَا، صَحَّتِ المُشَارَطَةُ؛ لِلحَاجَةِ مَعَ أَنَّ هَذِهِ جُعَالَةٌ مَجْهُولَةُ الجُعْلِ، بَلِ الجُعْلُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ وَلاَ مَقْدُورٍ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ، وَلاَ يَصِحُّ هَذَا مَعَ المُسْلِمِ (و)، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلاَلَةَ، ثُمَّ الجَارِيَةُ تُسَلَّمُ إِلَى العِلْجِ، إِنْ ظَفِرْنَا بِهَا، فَإِنْ لَمْ نَفْتَحِ القَلْعَةَ، لِعَجْزٍ، أَوْ تَجَاوَزْنَاهَا مَعَ القُدْرَةِ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَيْنَا، وَإِنْ أَتَمَّ الدَّلاَلَةَ، إِلاَّ إِذَا رَجَعْنَا إِلَى الفَتْحِ بِعَلاَمَتِهِ.

وَلَوْ فَتَحَهَا طَائِفَةٌ أُخْرَىٰ؛ إِذْ سَمِعُوا العَلاَمَةَ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ لَمْ يَجْرِ الشَّرْطُ مَعَهُمْ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ، فَلاَ شَيْءَ لَهُ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قَدْ مَاتَتْ قَبْلَ المُعَاقَدَةِ.

وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ الظَّفَرِ[1]، وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَيْنَا البَدَلُ، إِمَّا أُجْرَةُ المِثْلِ، أَوْ قِيمَةُ الجَارِيَةِ؛ بِنَاءً

---

(١) قال الرافعي: «وإن ماتت بعد الظفر إلى آخره» قضيته أن يكون القولان هناك كالقولين في الصداق، لكن الأصح نفي الصداق وجوب أجرة المثل، فأجاب عامة الأصحاب ها هنا بوجوب قيمة الجارية، وكذا الخلاف في كل كافر لا يرق بنفس الأسر يقتضي جريان الخلاف في أن الرّق هل يجري على الأسير إذا أسلم بعد الأسر وليس له ذكر في كتب الأصحاب، وإنما تكلموا في أنه يرق بنفس الإسلام، أو يرق بأنه يرقه الإمام بعد الإسلام. [ت]

عَلَىٰ أَنَّ الجُعْلَ المُعَيَّنَ يُضْمَنُ ضَمَانَ العَقْدِ، أَوْ ضَمَانَ اليَدِ؛ كَالصَّدَاقِ.

وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ الظَّفَرِ، وَبَعْدَ العَقْدِ، فَفِي وُجُوبِ البَدَلِ قَوْلاَنِ. وَإِنْ أَسْلَمَتْ، وَجَبَ البَدَلُ، وَلاَ سَبِيلَ إِلَىٰ تَسْلِيمِهَا إِلَىٰ كَافِرٍ، وَإِنْ شَرَطْنَا لِزَعِيمِ القَلْعَةِ أَمَانَ أَهْلِهِ، وَكَانَتْ مِنَ أَهْلِهِ، لَمْ نُسَلِّمْهَا إِلَى العِلْجِ بِبَدَلٍ يَبْذُلُهُ، فَصُلْحُنَا مَعَ الزَّعِيمِ بَاطِلٌ، لَكِنْ نَرُدُّهُ إِلَى المَأْمَنِ؛ حَتَّىٰ نَسْتَأْنِفَ القِتَالَ؛ لأَنَّهُ صُلْحٌ مَنَعَ الوَفَاءَ بِمَا وَجَبَ بِشَرْطٍ قَبْلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ لَنَا شَيْءٌ مِنَ القَلْعَةِ إِلاَّ تِلْكَ الجَارِيَةُ، فَفِي وُجُوبِ التَّسْلِيمِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): المُسْتَأْمَنُ، إِذَا نَقَضَ العَهْدَ، فَرَجَعَ إِلَىٰ دَارِهِ، فَمَا خَلَّفَهُ عِنْدَنَا مِنْ وَدِيعَةٍ أَوْ دَيْنٍ، فِيهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ فَيْءٌ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ إِلَىٰ أَنْ يَمُوتَ، فَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ فَيْءٌ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، وَإِنْ مَاتَ، فَهُوَ لِوَارِثِهِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ، إِنْ عَقَدَ الأَمَانَ لِلْمَالِ مَقْصُوداً، وَإِلاَّ فَيَنْتَقِضُ أَيْضاً تَابِعاً لِنَفْسِهِ، وَالرِّقُّ كَالمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَبْقَىٰ أَمَانُهُ بَعْدَ الرِّقِّ، فَلَوْ عَتَقَ، رُدَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ مَاتَ رَقِيقاً، فَهُوَ فَيْءٌ إِذْ لاَ إِرْثَ مِنَ الرَّقِيقِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ؛ أَنَّهُ لِوَرَثَتِهِ، وَمَهْمَا جَعَلْنَاهُ لِلْوَارِثِ، فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بِلاَدَنَا؛ لِطَلَبِهِ مِنْ غَيْرِ عَقْدِ أَمَانٍ، وَهَذَا العُذْرُ يُؤَمِّنُهُ؛ كَقَصْدِ السِّفَارَةِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَاصَرْنَا أَهْلَ قَلْعَةٍ، فَنَزَلُوا عَلَى حُكْمِ رَجُلٍ، صَحَّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ عَاقِلاً عَدْلاً بَصِيراً بِمَصَالِحِ القِتَالِ، ثُمَّ يَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَى الإِمَامِ، وَلَيْسَ لِلإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا فَوْقَهُ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا دُونَهُ فَإِنْ قَضَى بِغَيْرِ القِتَالِ، فَلَيْسَ لِلإِمَامِ القَتْلُ، وَإِنْ قَضَى بِالقَتْلِ، فَهَلْ لَهُ ٱلاسْتِرْقَاقُ، وَفِيهِ ذُلٌّ مُؤَبَّدٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَكَمَ بِقَبُولِ الْجِزْيَةِ، فَهَلْ يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ، وَهُوَ عَقْدُ مُرَاضَاةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُهُمْ، فَمَنْعُهُمْ كَمَنْعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الجِزْيَةَ، وَلَوْ حَكَمَ بِالإِرْقَاقِ، فَأَسْلَمَ وَاحِدٌ قَبْلَ الإِرْقَاقِ، فَفِي جَوَازِ إِرْقَاقِهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا الخِلاَفُ فِي كُلِّ كَافِرٍ لاَ يَرِقُّ بِنَفْسِ ٱلأَسْرِ، إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الإِرْقَاقِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُسَلِّمَ إِلَيْهِ مِائَةُ نَفَرٍ، فَعَدَّ مِائَةً، قَتَلْنَاهُ؛ لأَنَّهُ وَرَاءَ المِائَةِ.

(كِتَابُ عَقْدِ الْجِزْيَةِ وَالمُهَادَنَةِ، وَفِيهِ بَابَانِ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِي الجِزْيَةِ)

وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا:

وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ:

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ): نَفْسُ العَقْدِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ نَائِبُ الإِمَامِ: أَقْرَرْتُكُمْ بِشَرْطِ الْجِزْيَةِ وَالاسْتِسْلَامِ، وَيَذْكُرُ مِقْدَارِ الجِزْيَةِ، فَيَقُولُ الذِّمِّيُّ: قَبِلْتُ.

وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ ذِكْرُ مِقْدَارِ الجِزْيَةِ، لَكِنْ يُنَزَّلُ عَلَى الأَقَلِّ، وَلاَ يَجِبُ ذِكْرُ الاسْتِسْلَامِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ ذِكْرُ كَفِّ اللِّسَانِ عَنِ اللهِ وَرَسُولِهِ، وَهَلْ يَصِحُّ مُؤَقَّتاً؟ قَوْلاَنِ[1]، وَلَوْ قَالَ: أُقِرُّكُمْ مَا شِئْتُ[2] أَنَا فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالجَوازِ، وَلَوْ قَالَ: مَا شِئْتُمْ، صَحَّ؛ فَإِنَّ عَقْدَ الجِزْيَةِ غَيْرُ لاَزِمٍ مِنْ جَانِبِ الكُفَّارِ، بَلْ لَهُمْ الالْتِحَاقُ بِدَارِهِمْ إِذَا شَاءُوا، وَإِذَا فَسَدَ العَقْدُ، فَلاَ نَغْتَالُهُمْ، لَكِنْ نُلْحِقُهُمْ بِالمَاضِي، فَلَوْ أَقَامَ سَنَةً قَبْلَ الخُرُوجِ، لَمْ نُسَامِحْ، وَأَخَذْنَا لِكُلِّ سَنَةٍ دِينَاراً، وَلَوْ دَخَلَ كَافِرٌ دَارَنَا مُدَّةً بِغَيْرِ أَمَانٍ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ (و) شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ، لَكِنْ نَغْتَالُهُ، وَنَسْتَرِقُّهُ، أَوْ نَقْتُلُهُ؟ وَلَوْ قَبِلَ الجِزْيَةَ، فَفِي جَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّا لَمْ نَقْصِدْ أَسْرَهُ؛ بِخِلاَفِ الأَسِيرِ؛ فَإِنَّ بَذْلَهُ الجِزْيَةَ لاَ يَمْنَعُ (و) اسْتِرْقَاقَهُ، وَلَوْ قَالَ الكَافِرُ: كُنْتُ دَخَلْتُ لِسَمَاعِ كَلاَمِ اللهِ، أَوْ لِسَفَرٍ، صَدَّقْنَاهُ، وَلاَ نَغْتَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ(و) مَعَهُ كِتَابٌ، وَلَوْ قَالَ: دَخَلْتُ بِأَمَانٍ، فَهَلْ يُصَدَّقُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ؟ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: العَاقِدُ، وَهُوَ الإِمَامُ)، وَيَجِبُ (و) عَلَيْهِ القَبُولُ، إِذَا بَذَلُوهُ إِلاَّ إِذَا خَافَ غَائِلَتَهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ قَبُولُ الجَاسُوسِ، وَلاَ يُقْبَلُ مِنْهُ الجِزْيَةُ، وَلَوْ عَقَدَ مُسْلِمٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ، لَمْ يَصِحَّ (و)، وَلاَ نَغْتَالُهُ، وَإِنْ أَقَامَ سَنَةً، لَمْ نَأْخُذِ الدِّينَارَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأَنَّ قَبُولَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ إِمَامٍ غَيْرُ مُؤَثِّرٍ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: [الْجِزْيَةُ][3] فِيمَنْ يُعْقَدُ لَهُ)، وَهُوَ كُلُّ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ بَالِغٍ حُرٍّ ذَكَرٍ مُتَأَهِّبٍ لِلْقِتَالِ قَادِرٍ عَلَىٰ أَدَاءِ الجِزْيَةِ، أَمَّا الصَّبِيُّ وَالعَبْدُ وَالمَرْأَةُ وَالمَجْنُونُ، فَهُمْ أَتْبَاعٌ، وَلاَ جِزْيَةَ عَلَيْهِمْ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَسْتَتْبِعَ مِنْ نِسَاءِ الأَقَارِبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنَّ مَحَارِمَ، مَا شَاءَ، دُونَ الأَجَانِبِ، بِأَنْ يَشْتَرِطَ، فَإِنْ أَطْلَقَ، لَمْ نُتْبِعْهُ إِلاَّ صِغَارَ أَوْلاَدِهِ (و)، وَزَوْجَاتِهِ (و)، دُونَ نِسْوَةِ الأَقَارِبِ، وَالأَصْهَارُ (و) يُلْحَقُونَ بِالأَقَارِبِ؛ فِي وَجْهٍ، وَمَهْمَا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وَأَفَاقَ المَجْنُونُ، وَعَتَقَ العَبْدُ، اسْتَقَلُّوا، فَعَلَيْهِمُ الجِزْيَةُ.

---

(١) قال الرافعي: «وهل يصح مؤقتا؟ قولان» قيل: الخلاف وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: أقركم ما شئت إلى آخره» لا يوجد لعامة الأصحاب إلاّ الجواب بالمنع. [ت]

(٣) سقط من أ.

وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ، إِذَا بَلَغَ ٱسْتِئْنَافُ عَقْدٍ لِنَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنِ ٱكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، لَزِمَهُ مِثْلُ مَا ٱلْتَزَمَ الأَبُ لِنَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ، وَإِذَا بَلَغَ سَفِيهاً، صَحَّ (و) عَقْدُهُ[1] لِنَفْسِهِ بِزِيَادَةِ الدِّينَارِ؛ لِحَقْنِ الدَّمِ.

وَيَصِحُّ مِنَ الوَلِيِّ (و) بَذْلُ الزِّيَادَةِ[2] مِنْ مَالِهِ أَيْضاً: لِحَقْنِ دَمِهِ، وَمَنْ يُجَنُّ يَوْماً، وَيُفِيقُ يَوْماً، يُلْتَقَطُ أَيَّامَ إِفَاقَتِهِ، فَيُكَمَّلُ سَنَةً وَيُؤْخَذُ دِينَارٌ.

وَقِيلَ: لاَ شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: هُوَ كَالعَاقِلِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَىٰ الأَغْلَبِ.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَىٰ آخِرِ السَّنَةِ؛ كَمَا في تَحَمُّلِ العَقْلِ.

وَإِذَا وَقَعَ مِثْلُهُ في الأَسْرِ(و)، نُظِرَ إِلَىٰ وَقْتِ الأَسْرِ.

وَإِذَا دَخَلَتِ ٱمْرَأَةٌ دَارَنَا مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ وَتَبَعِيَّةٍ، ٱسْتُرِقَّتْ، وَكَذَا الصَّبِيُّ.

وَإِنْ حَاصَرْنَا قَلْعَةً لَيْسَ فِيهَا إِلاَّ نِسْوَةٌ، فَبَذَلُوا الجِزْيَةَ، فَهَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا وَتَرْكُ إِرْقَاقِهِنَّ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ؛ إِذِ المَرْأَةُ لاَ تَتَأَهَّلُ في الجِزْيَةِ الَّتِي لا تَجِبُ، وَالزَّمِنُ وَالعَسِيفُ، إِذَا قُلْنَا: لاَ يُقْتَلُونَ، فَفِي وُجُوبِ الجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ خِلاَفٌ، وَالفَقِيرُ العَاجِزُ عَنِ الكَسْبِ[3] يُخْرَجُ مِنَ الدَّارِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيُقَرَّرُ مَجَّاناً، عَلَىٰ قَوْلٍ، وَتُقَرَّرُ الجِزْيَةُ في ذِمَّتِهِ، عَلَىٰ قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ التَّقْرِيرُ بِالْجِزْيَةِ لِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَىٰ[4] وَالمَجُوسِ؛ لأَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ، وَالْوَثَنِيُّ وَعَبَدَةُ الشَّمْسِ، وَمَنْ لاَ يَنْتَمِي إِلَىٰ كِتَابٍ لاَ يُقَرَّرُ (و)، وَإِنْ كَانَ عَجَمِياً [ح][5]، وَإِنْ ظَهَرَ قَوْمٌ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَهْلُ الزَّبُورِ، فَفِي تَقْرِيرِهِمْ وَجْهَانِ، وَمَنْ دَانَ آبَاؤُهُ بِالتَّهَوُّدِ بَعْدَ المَبْعَثِ، فَلاَ يُقَرَّرُونَ، وَفِي الصَّابِئِينَ وَالسَّامِرَةِ، وَهُمْ مُبْتَدِعَةُ اليَهُودِ (ح) وَالنَّصَارَىٰ قَوْلاَنِ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا كَفَرَةَ دِينِهِمْ، فَلاَ يُقَرُّونَ، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً، قُرِّرُوا، فَلَوْ عَقَدْنَا، فَأَسْلَمَ مِنْهُمْ عَدْلاَنِ، وَشَهِدُوا بِكُفْرِهِ، تَبَيَّنَ بُطْلاَنُ العَقْدِ، وَيُغْتَالُ لِتَلْبِيسِهِ، وَالمُتَوَلِّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالوَثَنِيِّ في مُنَاكَحَتِهِ قَوْلاَنِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقَرَّرُ، وَلَوْ تَوَثَّنَ نَصْرَانِيٌّ، وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ، أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةٌ، فَلَهُ حُكْمُ

---

(١) قال الرافعي: «فإذا بلغ سفيهاً صَحّ عقده إلى آخره» هذا وجه، والأشبه منعه. [ت]

(٢) قال الرافعي: ويصح من الولي بذل الزيادة الأشبه المنع.[ت]

(٣) قال الرافعي: «والفقير العاجز عن الكسب إلى آخر الأقوال» يقال: الخلاف وجوه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وإنما يجوز التقرير بالجزية لليهود والنصارى إلى آخره» قد ذكر في النكاح أن الكتابيين يجوز مناكحتهم، ويقرون بالجزية، وأن الوثني المعطل والزنديق لا يقرون وأن المجوس يقرون فلا حاجة إلى ذكر التقرير هناك. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن كان يغتال أبوه على الأصح» الأشبه أنه لا يغتال، ويلحق بالمأمن. [ت]

التَّنَصُّرِ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ وَثَنِيَّةً، فَهُوَ تَابِعٌ فِي التَّوَثُّنِ، أَوْ يَبْقَىٰ عَلَيْهِ التَّنَصُّرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يُغْتَالُ إِذَا بَلَغَ بِحَالٍ، وَإِنْ كَانَ يُغْتَالُ أَبُوهُ، عَلَى الأَصَحِّ (و)[1].

وَلاَ يَحِلُّ وَطْءُ سَبَايَا غَوْرٍ؛ لأَنَّهُمُ ٱرْتَدُّوا بَعْدَ الإِسْلاَمِ، وَفِي ٱسْتِرْقَاقِهِمْ (و) خِلاَفٌ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُ ٱسْتِرْقَاقِ الوَثَنِيِّ، وَسَبَايَا غَوْرٍ أَوْلاَدِ المُرْتَدِّينَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْبِقَاعِ)، وَيُقَرُّونَ فِي سَائِرِ البِلاَدِ، إِلاَّ بِالحِجَازِ، وَهِيَ مَكَّةُ وَالمَدِينَةُ وَاليَمَامَةُ وَنَجْدٌ، وَمَخَالِيفُهَا، وَالْوَجُّ وَالطَّائِفُ وَخَيْبَرُ مِنْ مَخَالِيفِ المَدِينَةِ، وَهَلْ يَدْخُلُ اليَمَنُ فِي ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلاَفٌ[2]، إِذْ قِيلَ: تَنْتَهِي جَزِيرَةُ العَرَبِ إِلَىٰ أَطْرَافِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ.

وَلاَ يُمْنَعُونَ مِنَ ٱلاجْتِيَازِ بِهَا مُسَافِرِينَ، لاَ يُقِيمُونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ عَلَىٰ مَوْضِعٍ سِوَى يَوْمِ الدُّخُولِ وَالخُرُوجِ، أَمَّا مَكَّةُ، فَيُمْنَعُ (ح) مَنَ ٱلاجْتِيَازِ بِهَا، وَإِنْ جَاءَ لِرِسَالَةٍ، خَرَجَ إِلَيْهِ مِنْ يَسْمَعُ الرِّسَالَةَ، فَإِنْ دُفِنَ بِهَا، نُبِشَ قَبْرُهُ، وَأُخْرِجَ، فَإِنْ مَرِضَ وَخِيفَ مَوْتُهُ بِنَقْلِهِ، نُقِلَ، فَإِنْ مَرِضَ عَلَىٰ طَرَفِ الحِجَازِ، وَخِيفَ النَّقْلُ، أَوْشَقَّ، تُرِكَ؛ حَتَّىٰ يَبْرَأَ، وَإِلاَّ أُزْعِجَ، وَإِنْ دُفِنَ بِهَا، وَلَمْ يَشُقَّ نَبْشُهُ، فَفِي وُجُوبِهِ لإِخْرَاجِهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ: فِي [تَفْصِيلِ] مِقْدَارِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ)، وَوَاجِبَاتُهُمْ خَمْسَةٌ:

(الأَوَّلُ الجِزْيَةُ)، وَأَقَلُّهُ دِينَارٌ، وَيُتَخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ٱثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَماً نُقْرَةً، وَلِلإِمَامِ أَنْ يُمَاكِسَ بِالزِّيَادَةِ مَا شَاءَ، فَإِنْ لَمْ يَبْذُلْ إِلاَّ الدِّينَارَ، وَجَبَ القَبُولُ وَيَسْتَوِي الفَقِيرُ [ح][3] وَالْغَنِيُّ، وَإِنْ قَبِلَ الزِّيَادَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ، لَمْ يَنْفَعْهُ؛ كَالشِّرَاءِ بِالغَبْنِ، إِلاَّ أَنْ يَنْبِذَ العَهْدَ، ثُمَّ يَرْجِعَ إِلَىٰ بَذْلِ الدِّينَارِ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ، ٱسْتَوْفَىٰ ([م][4])، وَلَوِ ٱجْتَمَعَ عَلَيْهِ جِزْيَةُ سَنَتَيْنِ، لَمْ تَتَدَاخَلْ (ح)[5]، وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، طُولِبَ (ح) بِقِسْطِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلاَ يُطَالَبُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، إِنْ لَمْ يَمُتْ، وَتُقَدَّمُ الجِزْيَةُ فِي تَرِكَتِهِ عَلَىٰ وَصَايَاهُ، وَعَلَىٰ دُيُونِهِ.
وَقِيلَ: يُبْنَىٰ عَلَىٰ حَقِّ اللهِ تَعَالَى وَحَقِّ الآدَمِيِّ.

(الثَّانِي: الضِّيَافَةُ)، فَلِلإِمَامِ أَنْ يُوَظِّفَ عَلَيْهِمْ ضِيَافَةَ الطَّارِقِينَ مِنَ المُسْلِمِينَ؛ بِشَرْطِ أَنْ يَذْكُرَ عَدَدَ (و) الضَّيْفِ وَمِقْدَارَ طَعَامِهِ وَأُدْمِهِ وَجِنْسِهِ وَقَدْرَ عَلَفِهِ وَمَنْزِلِهِ وَمُدَّةَ مُقَامِهِ، وَلاَ يَزِيدَ (و) عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، وَيَجْعَلَ عَدَدَ الضِّيفَانِ عَلَى الغَنِيِّ أَكْثَرَ، وَلاَ يُفَرِّقَ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ بِجِنْسِ الطَّعَامِ، ثُمَّ

---

(١) قال الرافعي: «وهل يدخل اليمن في ذلك؟ فيه خلاف إلى آخره» فيما ساقه إشعار بأن الحجاز والجزيرة عبارتان عن معين واحد، وكذلك في كلام الإمام، وعامة الأصحاب متفقوا الكلمة على أن الجزيرة أوسع من الحجاز، وعلى أن اليمن يدخل في حد الجزيرة ولا يدخل في حد الحجاز. [ت]
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ب.
(٥) سقط من أ.

ذَلِكَ مَحْسُوبٌ لَهُمْ مِنَ الدِّينَارِ، فَإِنْ نَقَصَ، وَجَبَ الإِتْمَامُ، وَيَجُوزُ إِبْدَالُهَا بِالدَّنَانِيرِ دُونَ رِضَاهُمْ، لَكِنَّ الدَّنَانِيرَ بَدَلٌ يَخْتَصُّ [ح][1] بِأَهْلِ الفَيْءِ، وَالضِّيَافَةُ لاَ تَخْتَصُّ.

وَقِيلَ: لَيْسَتِ الضِّيَافَةُ بَدَلَ الدَّنَانِيرِ[2]؛ بَلْ هِيَ زِيَادَةٌ مُتَأَصِّلَةٌ.

وَلاَ تُبَدَّلُ بِالدَّنَانِيرِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ.

(الثَّالِثُ: الإِهَانَةُ)، وَهِيَ أَنْ يُطَأْطِئَ الذِّمِّيُّ رَأْسَهُ عِنْدَ التَّسْلِيمِ، فَيَأْخُذَ المُسْتَوْفِي بِلِحْيَتِهِ وَيَضْرِبَ فِي لَهَازِمِهِ، وَهُوَ وَاجِبٌ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ حَتَّىٰ لَوْ وَكَّلَ مُسْلِماً بِالأَدَاءِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ ضَمِنَ المُسْلِمُ الجِزْيَةَ، لَمْ يَصِحَّ، لَكِنْ يَجُوزُ إِسْقَاطُ هَذِهِ الإِهَانَةِ، مَعَ آسْمِ الجِزْيَةِ عِنْدَ المَصْلَحَةِ؛ بِتَضْعِيفِ الصَّدَقَةِ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ مَعَ العَرَبِ والعَجَمِ(و)؛ فَيَقُولُ الإِمَامُ: أَبْدَلْتُ الجِزْيَةَ بِضِعْفِ الصَّدَقَةِ، فَيَكُونُ مَا يَأْخُذُهُ جِزْيَةً بِآسْمِ الصَّدَقَةِ، فَيَأْخُذُ مِنْ خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ شَاتَيْنِ، وَمِنْ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِنْتَي مَخَاضٍ، وَمِنْ عِشْرِينَ دِينَاراً دِينَاراً، وَمِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَمِمَّا سَقَتْهُ السَّمَاءُ الخُمُسَ، وَمَا سُقِيَ بِدَالِيَةٍ العُشْرَ، وَيَأْخُذُ مِنْ سِتٍّ وَثَلاَثِينَ مِنَ الإِبِلِ بِنْتَيْ لَبُونٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَبِنْتَي مَخَاضٍ، وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ شَاتَانِ أَوْ عِشْرُونَ دِرْهَماً، وَلاَ يُضَعَّفُ (و) الجُبْرَانُ ثَانِياً، وَلِلإِمَامِ أَيْضاً أَنْ يُعْطِيَ الجُبْرَانَ، إِذَا أَخَذَ بِنْتَ لَبُونٍ بَدَلَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَهَلْ يَحُطُّ عَنْهُمُ الوَقْصَ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لاَ يَحُطُّ وَيَأْخُذُ مِنْ عِشْرِينَ شَاةً شَاةً، وَمِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ خَمْسَةً.

(وَالثَّانِي): يَحُطُّ.

(وَالثَّالِثُ): لاَ يَحُطُّ إِلاَّ إِذَا أَدَّىٰ إِلَى التَّجْزِئَةِ، فَيُؤْخَذُ مِنْ سَبْعٍ مِنَ الإِبِلِ وَنِصْفٍ ثَلاَثُ شِيَاهٍ، ثُمَّ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يَنْظُرَ فِيمَا يَحْصُلُ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِمَالِ الْجِزْيَةِ، إِذَا قُوبِلَ بِعَدَدِ رُءُوسِهِمْ زَادَ إِلَىٰ ثَلاَثَةِ أَضْعَافٍ وَزِيَادَةٍ.

---

(١) قال الرافعي: وقيل: ليست الضيافة بدل الدنانير» سياق الكتاب يقتضي ترجيح الأول، والظاهر الثاني. [ت]

(٢) قال الرافعي: «الضيافة والعشر من رأي عمر رضي الله عنه» روى الشافعي عن مالك عن أسلم مولى عمر أن عمر ـ رضي الله عنه ـ ضرب الجزية على أهل الذَّهب أربعة دنانير، وعلى أهل الوَرِق أربعين درهماً ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى أيضاً عن سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرب أن عمر ـ رضي الله عنه ـ فرض على أهل السَّواد ضيافة. يومٍ وليلة، وفي إضافة الضيافة إلى رأي عمر رضي الله عنه كلام، فإن الشافعي روى عن إبراهيم بن محمد عن أبي الحُوَيْرث أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ضرب على نصرانيٍّ بمكَّةَ يقال له: مَوهَب ديناراً كل سَنَة، وأن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب على نصارى «أيلة» ثلثمائة دينارٍ في كل سنة، وأن يضيفوا من مَرّ بهم من المسلمين، ولا يَغُشّوا مسلماً [ت] أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/ ١٣٠) كتاب الجزية حديث (٤٢٧) عن إبراهيم بن محمد عن أبي الحويرث به.

وَلَهُ أَنْ يَقْنَعَ (و) بِنِصْفِ الصَّدَقَةِ، وَإِنْ كَانَ وَافِياً.

(الرَّابِعُ): يَجُوزُ أَخْذُ العُشْرِ مِنْ بِضَاعَةِ تُجَّارِ أَهْلِ الحَرْبِ، وَيَجُوزُ (و)الزِّيَادَةُ، إِنْ رَأَى، وَيَجُوزُ النُّقْصَانُ إِلَى نِصْفِ العُشْرِ عَنِ المِيرَةِ؛ تَرْغِيباً لَهُمْ فِي التَّكْثِيرِ، وَكُلِّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ المُسْلِمُونَ، وَهَلْ يَجُوزُ حَطُّ أَصْلِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و).

(وَأَمَّا الذِّمِّيُّ)، فَلاَ يُؤْخَذُ مِنْ تِجَارَتِهِ شَيْءٌ إِلاَّ أَنْ يَتَّجِرَ فِي الحِجَازِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ يُؤْخَذُ العُشْرُ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ هَذَا مِنَ الحَرْبِيِّ، إِذَا دَخَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ، فَلَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَأَصَحُّ الوَجْهَيْنِ أَنْ لاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضِّيَافَةُ وَالعُشْرُ مِنْ رَأْيِ عُمَرَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ[1].

(الخَامِسُ: الخَرَاجُ)، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا قُرِّرَتْ أَمْلاَكُهُمْ عَلَيْهِمْ؛ بِشَرْطِ الخَرَاجِ، وَذَلِكَ يَسْقُطُ [ح][2] بِالإِسْلاَمِ، فَإِنْ مَلَكْنَاهَا عَلَيْهِمْ، وَرَدَدْنَاهَا بِخَرَاجٍ، فَذَلِكَ أُجْرَةٌ لاَ تَسْقُطُ بِالإِسْلاَمِ؛ كَأَرَاضِي العِرَاقِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ عَقْدِ الذِّمَّةِ)، وَحُكْمُهُ عَلَيْنَا وُجُوبُ الكَفِّ عَنْهُمْ، وَأَنْ نَعْصِمَهُمْ بِالضَّمَانِ نَفْساً، وَمَالاً، وَلاَ نَتَعرَّضَ لِكَنَائِسِهِمْ وَخُمُورِهِمْ وَخَنَازِيرِهِمْ مَا لَمْ يُظْهِرُوهَا، فَمَنْ أَرَاقَ خُمُورَهُمْ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلاَ ضَمَانَ (ح)، وَإِنْ غَصَبَ، فَعَلَيْهِ (و) مُؤْنَةُ الرَّدِّ، وَلَوْ تَرَافَعُوا إِلَيْنَا فِي خُصُومَاتِهِمْ، فَفِي وُجُوبِ الحُكْمِ قَوْلاَنِ[3]، وَيَجِبُ دَفْعُ الكُفَّارِ عَنْهُمْ إِلاَّ إِذَا انْفَرَدُوا بِبَلْدَةٍ بَعِيدَةٍ عَنْ بِلاَدِ الإِسْلاَمِ، وَقَصَدُوا، فَفِي وُجُوبِ دَفْعِ الكُفَّارِ عَنْهُمْ (و) قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا لاَ يَجِبُ، فَإِنْ شَرَطْنَاهُ وَجَبَ (و)، وَإِنْ

---

(١) وقال أيضاً: «وأما العشر فلم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم». وروى الشّافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه، أن عمر بن الخطاب كان يأخذ من القبط من الحنطة والزيت نصف العشر يريد بذلك أن يكثر الحمل إلى المدينة، وكان يأخذ من القطنية العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (١/ ٢٨١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٦). وعنه الشافعي في «المسند» (١/ ٢٤١) كتاب الزكاة. باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٧). من طريق الزهري عن سالم عن أبيه أن عمر.... فذكره وقال أيضاً: وروي أيضاً عن مالك عن ابن شهاب عن السّائب بن يزيد قال كنت عاملاً مع عبدالله بن عتبة على سوق المدينة في زمان عمر رضي الله عنه فكان يأخذ من القبط العشر. [ت]

والحديث أخرجه مالك (١/ ٢٨١) كتاب الزكاة، باب عشور أهل الذمة، حديث (٤٧)، وعنه الشافعي في «المسند» (١/ ٢٤٢) كتاب الزكاة، باب فيما يجب أخذه من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ، حديث (٦٥٨). من طريق الزهري عن السائب بن يزيد به.

(٢) سقط من أ، ب والمثبت من ط.

(٣) قال الرافعي: «ولو ترافعوا إلينا في خصوماتهم، ففي وجوب الحكم قولان» هذا مذكور في النكاح بخلاف الجزية إذ تجب الإجابة إليها قد ذكره في الجزية حيث قال: ويجب عليه القبول إذا بذلوه إلاَّ إذا خاف غائلتهم. [ت]

قُلْنَا: يَجِبُ، فَلَوْ شَرَطْنَا ألاَّ نَذُبَّ، صَحَّ الشَّرْطُ.

(أَمَّا حُكْمُهُ) عَلَيْهِمْ، فَخَمْسَةُ أُمُورٍ.

(الأَوَّلُ في الْكَنائِسِ)، فَإِنْ كَانُوا بِبَلْدَةٍ بَنَاهَا الْمُسْلِمُونَ، فَلاَ يُمَكَّنُونَ مِنْ بِنَاءِ كَنِيسَةٍ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكْنَا رَقَبَةَ بَلْدَةٍ مِنْ بِلاَدِهِمْ قَهْراً، لَكِنْ لَوْ أَرَادَ الإِمَامُ أَنْ يُقَرِّرَ كَنِيسَةً مِنَ الْكَنَائِسِ الْقَدِيمَةِ، وَنُقَرِّرَ مِنْهُمْ طَائِفَةً، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

وَالأَصَحُّ وُجُوبُ نَقْضِ كَنَائِسِهِمْ.

أَمَّا إِذَا فُتِحَتْ بِالصُّلْحِ عَلَىٰ أَنْ يَسْكُنُوهَا بِخَرَاجٍ، وَرَقَبَةُ الأَبْنِيَةِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَشَرَطُوا إِبْقَاءَ كَنِيسَةٍ، جَازَ، وَإِنْ أَطْلَقُوا، فَفِي وُجُوبِ ذَلِكَ؛ إِتْمَاماً لِمَا صَالَحْنَا عَلَيْهِ مِنَ التَّقْرِيرِ وَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا فُتِحَتْ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ رَقَبَةُ البَلَدِ لَهُمْ، وَعَلَيْهِمْ خَرَاجٌ، فَهَذِهِ بَلْدَتُهُمْ، وَلاَ تُنْقَضُ كَنَائِسُهُمْ، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُمْ لاَ يُمْنَعُونَ مِنْ إِحْدَاثِ كَنِيسَةٍ؛ إِذْ يَجُوزُ لَهُمْ فِيهَا إِظْهَارُ الخَمْرِ وَالنَّاقُوسِ وَغَيْرِهِ؛ وَحَيْثُ مَنَعْنَا مِنَ الإِحْدَاثِ فَقَطْ، فَلاَ نَمْنَعُ مِنْ عِمَارَةِ القَدِيمَةِ؛ إِذَا اسْتَرَمَّتْ، فَلَوِ انْهَدَمَتْ، فَفِي جَوَازِ إِعَادَتِهَا وَجْهَانِ، وَفِي تَوْسِيعِ خُطَّتِها وَجْهَانِ، وَلاَ يَلْزَمُهُمْ إِخْفَاءُ الْعِمَارَةِ، وَضَرْبُ النَّاقُوسِ يُمْنَعُ مِنْهُ؛ كَإِظْهَارِ الخَمْرِ.

وَقِيلَ: هُوَ تَابِعٌ لِلكَنِيسَةِ.

(الوَاجِبُ الثَّانِي: تَرْكُ مُطَاوَلَةِ البُنْيَانِ)، فَلاَ يُعْلِي بِنَاءَهُ عَلَىٰ جَارِهِ المُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ دَارُ جَارِهِ في غَايَةِ الانْخِفَاضِ، وَلَوْ سَاوَاهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانُوا في مَوْضِعٍ مُنْفَرِدٍ، فَلاَ حَجْرَ.

وَقِيلَ: يُمْنَعُ مِنَ التَّجَمُّلِ بِالرَّفْعِ.

وَلَوِ اشْتَرَىٰ دَاراً مُرْتَفِعَةً، لَمْ يُمْنَعْ، وَلَمْ تُهْدَمْ بِحَالٍ.

(الثَّالِثُ): يُمْنَعُونَ(و) مِنْ رُكُوبِ الخَيْلِ وَالبِغَالِ النَّفِيسَةِ[1]، وَلاَ يُمْنَعُ (و) مِنَ الحِمَارِ، وَلْيَكُنْ رِكَابُهُ مِنَ الخَشَبِ، وَيُمْنَعُونَ مِنْ جَادَّةِ الطَّرِيقِ، وَيُضْطَرُّونَ إِلَى المَضِيقِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الطَّرِيقُ خَالِياً.

(الرَّابِعُ): يَلْزَمُهُمُ الغِيَارُ، وَكَذَا المَرْأَةُ (و)، وَكَذَا في الحَمَّامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ وَاجِبٌ، أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا تَرْكُ الْكَنِيسَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا، فَوَاجِبٌ.

(الخَامِسُ): الانْقِيَادُ لِلْحُكْمِ إِذَا زَنَىٰ (و) بِمُسْلِمَةٍ، أَوْ سَرَقَ (و) مَالَ مُسْلِمٍ.

(أَمَّا مَا لاَ يَتَعَلَّقُ بِمُسْلِمٍ)، فَإِنْ تَرَافَعُوا إِلَيْنَا، قَضَيْنَا، وَإِلاَّ فَلاَ، وَعَلَيْهِمْ أَيْضاً كَفُّ اللِّسَانِ، فَإِنْ أَظْهَرُوا الخَمْرَ، وَالنَّاقُوسَ، وَمُعْتَقَدَهُمْ في المَسِيحِ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا لاَ ضَرَرَ عَلَىٰ مُسْلِمٍ، عَزَّرْنَاهُمْ، وَلاَ يُنْتَقَضُ بِهِ العَهْدُ.

---

(١) قال الرافعي «يمنعون من ركوب الخيل والبغال النفيسة» هذا وجه، والظاهر أنه لا منع من رُكوب البغال. [ت]

وَإِنَّمَا يُنْتَقضُ العَهْدُ بِالقِتَالِ، وَأُلْحِقَ (و) بِهِ مَنْعُ الجِزْيَةِ، وَالتَّمَرُّدُ عَنِ الأَحْكَامِ.

(أَمَّا) الزِّنَا بِالمُسْلِمَةِ وَالتَّطَلُّعُ عَلَىٰ عَوْرَاتِ المُسْلِمِينَ وَدَعْوَةُ المُسْلِمِينَ إِلَىٰ دِينِهِمْ، فَفِي هَٰذِهِ الثَّلَاثَةِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ؛ وَفِي الثَّالِثِ؛ أَنَّهُ يُنْتَقَضُ، إِنْ شُرِطَ الانْتِقَاضُ فِي عَهْدِهِ.

(وَأَمَّا) قَطْعُ الطَّرِيقِ وَالقَتْلُ المُوجِبُ لِلْقِصَاصِ، فَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالزِّنَا، وَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالقِتَالِ؛ وَكَذَا الخِلَافُ فِي (ح م) تَعَرُّضِهِمْ لِرَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالسَّبِّ وَمَا يُخَالِفُ مُعْتَقَدَنَا[1]، ثُمَّ حُكْمُ انْتِقَاضِ العَهْدِ بِالقِتَالِ الاغْتِيَالُ، وَفِيمَا عَدَاهُ قَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لاَ يُغْتَالُ، لَكِنْ يُلْحَقُ بِالمَأْمَنِ، وَلَوْ نَبَذْنَا إِلَيْهِ العَهْدَ أَيْضاً، لاَ يُغْتَالُ، وَيُلْحَقُ بِالمَأْمَنِ، وَأَمَّا المُسْلِمُ، فَهُوَ إِنْ كَذَبَ عَلَى الرَّسُولِ، عُزِّرَ، وَإِنْ كَذَّبَ الرَّسُولَ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، وَإِنْ نَسَبَ نَبِيّاً إِلَى الزِّنَا، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، فَإِنْ أَسْلَمَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُقْتَلُ لِلْقَذْفِ حَدّاً.

وَقِيلَ: يُجْلَدُ ثَمَانِينَ حَدّاً.

(العَقْدُ الثَّانِي: المُهَادَنَةُ)، وَالنَّظَرُ فِي شُرُوطِهِ وَأَحْكَامِهِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَأَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ): أَلاَّ يَتَوَلاَّهُ إِلاَّ الإِمَامُ، لأَنَّهُ تَرْكُ قِتَالٍ مَعَ جَمْعٍ مِنْ غَيْرِ مَالٍ.

(الثَّانِي): أَنْ يَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ [إليه][2] حَاجَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاجَةٌ، وَلاَ مَضَرَّةٌ، وَطَلَبُوا ذَلِكَ، لَمْ تَجِبِ (و) الإِجَابَةُ، بَلْ يُنْظَرُ إِلَى الأَصْلَحِ؛ بِخِلَافِ الْجِزْيَةِ؛ إِذْ تَجِبُ (و) الإِجَابَةُ إِلَيْهَا.

(الثَّالِثُ): أَنْ تَخْلُوَ عَنْ شَرْطٍ فَاسِدٍ؛ كَشَرْطِ تَرْكِ مُسْلمٍ فِي أَيْدِيهِمْ أَوْ مَالِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ، وَكَذَا لَوْ الْتَزَمَ مَالاً، فَهُوَ فَاسِدٌ إِلاَّ إِذَا ظَهَرَ الخَوْفُ.

(الرَّابِعُ): المُدَّةُ فَلاَ تَزِيدُ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يَجُوزُ فِيمَا دُونَ السَّنَةِ؛ لأَنَّ السَّنَةَ مُدَّةُ الْجِزْيَةِ، فَلاَ يُسَامَحُ إِلاَّ بِمَالٍ، وَإِنْ كَانَ بِالمُسْلِمِينَ ضَعْفٌ، جَازَ إِلَىٰ عَشْرِ سِنِينَ، وَلاَ يُزَادُ عَلَيْهِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، فَإِنْ أَطْلَقَ المُهَادَنَةَ، فَسَدَتْ.

وَقِيلَ: يَنْزِلُ عِنْدَ الضَّعْفِ عَلَىٰ عَشْرِ سِنِينَ، وَعِنْدَ القُوَّةِ يَنْزِلُ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَعَلَىٰ مَا يُقَارِبُ السَّنَةَ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَلَوْ صَرَّحَ بِالزِّيَادَةِ، لَغَتِ الزِّيَادَةُ، وَفِي صِحَّتِهِ فِي البَاقِي قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، ثُمَّ حُكْمُ الفَاسِدِ

---

(١) في أ، ب معتقدهم.

(٢) سقط من ب.

أَلاَّ يُغْتَالَ إلاَّ بَعْدَ الإِنْذَارِ، والصَّحِيحُ يَجِبُ الوَفَاءُ فِيهِ بِالمَشْرُوطِ إِلَىٰ آخِرِ المُدَّةِ، أَوْ إِلَىٰ أَنْ يَصْدُرَ مِنْهُ جِنَايَةٌ، وَعَلِمُوهَا، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهُ جِنَايَةٌ، فَيُنْذَرُ وَلاَ يُغْتَالُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوِ ٱسْتَشْعَرَ الإِمَامُ جِنَايَةً، جَازَ (و) لَهُ أَنْ يَنْبِذَ العَهْدَ إِلَيْهِمْ، وَيُنْذِرَهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ (و) نَبْذُ الْجِزْيَةِ بِمُجَرَّدِ التُّهْمَةِ.

وَلَوْ زَالَ خَوْفُ المُسْلِمِينَ، وَجَبَ الوَفَاءُ بِالمَشْرُوطِ إِلَىٰ عَشْرِ سِنِينَ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في أَحْكَامِهَا)، وَهُوَ الوَفَاءُ بِالشَّرْطِ الصَّحِيحِ، وَالعَادَةُ أَنْ يُشْتَرَطَ رَدُّ مَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ؛ وَذَلِكَ جَائِزٌ، إلاَّ في المَرْأَةِ، إِذَا هَاجَرَتْ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً، لاَ يَحِلُّ رَدُّهَا، وَلاَ يَصِحُّ شَرْطُ ذَلِكَ، وَغَرَّمَ رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ[1]، فَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ؛ أَنَّهُ شَرَطَ رَدَّهُنَّ، ثُمَّ وَرَدَ النَّسْخُ.

وَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ أَنَّهُ أَوْهَمَ بِالعُمُومِ رَدَّهُنَّ؛ فَعَلَىٰ هَذَا، نَحْنُ أَيْضاً إِذَا أَوْهَمْنَا رَدَّهُنَّ، غُرِّمْنَا لِزَوْجِهَا مَا بَذَلَ مِنَ الصَّدَاقِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً، وَإِنْ لَمْ يَبْذُلْ شَيْئاً، فَلاَ شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَتِ الصَّدَاقَ، فَوَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ، فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ النِّكَاحِ، فَطُلِبَ مِنْهُ مَهْرُ

---

(1) قال الرافعي: «وغرم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ الصداق إلى آخره» روى البُخَاري عن أبي حُذَيْفَةَ عن سفيان عن أبي إسحاق عن البراء قال: صَالَحَ النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ المشركين يوم الحديبية على أن من أتاه مِن المشركين رَدّه إليهم، وكان يرد من جاءه منهم، وإن كان مسلماً، فجاءته أم كلثوم بنت عتبة بن أبي معيط فلم يردها، وأنزل الله تعالى: ﴿إذا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠] وأنزل في غرم المهر قوله تعالى: ﴿وآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة آية ١٠] [ت].

والحديث أخرجه البخاري تعليقاً (٥/٣٥٨ ـ ٣٥٩) كتاب الصلح، باب الصلح مع المشركين، رقم (٢٧٠٠) وليس فيه ذكر لأم كلثوم إنما جاء ذكرها في حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم وأخرجه البخاري (٧/٥١٩) كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية. حديث (٤١٨٠، ٤١٨١). والبيهقي (٧/١٧٠ ـ ١٧١) كتاب النكاح باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك، من طريق عروة بن الزبير أنه سمع المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم يخبران خبراً من خبر رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة الحديبية فكان فيما أخبرني عروة عنهما أنه «لما كاتب رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيل بن عمرو يوم الحديبية على قضية المدة وكان فيما اشترط سهيل بن عمرو أنه قال: لا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا وخليت بيننا وبينه وَأَبَى سهيل أن يقاضي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على ذلك فكره المؤمنون ذلك وامعضوا فتكلموا فيه فلما أبَىَ سهيل أن يقاضي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على ذلك كاتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا جندل بن سهيل يومئذٍ إلى أبيه سهيل بن عمرو ولم يأت رسول الله صلى الله عليه وسلم أحد من الرجال إلا رده المدة وإن كان مسلماً وجاءت المؤمنات مهاجرات فكانت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط ممن خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي عاتق فجاء أهلها يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرجعها إليهم حتى أنزل الله تعالى في المؤمنات ما أنزل.

والحديث ذكره السيوطي في «الدر المنثور» (٦/٣٠٦) وزاد نسبته إلى أبي داود في ناسخه.

المَسِيسِ، فَهَلْ يُغَرَّمُ لَهُ ذَلِكَ، وَهُوَ لَيسَ أَهْلاً لِطَلَبِهَا عِنْدَ الغَرَامَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَعلى الجُمْلَةِ؛ إِنَّمَا يُغَرَّمُ لِلزَّوجِ، إِذَا جَاءَ لِطَلَبِهَا، وَإِنِ جَاءَ أَبُوهَا لِطَلَبِهَا، لَمْ نُغَرَّمْ شَيْئاً.

وَلَوْ دَخَلَتْ كَافِرَةً، رَدَدْنَاهَا، فَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، غُرِّمنَا(و) لِزَوْجِهَا، وَإِنِ ٱرْتَدَّتْ، فَلاَ نَرُدُّهَا، وَلَمْ يَجِبِ الغُرْمُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِبُطْلاَنِ تَقَوُّمِ بُضْعِهَا، وَلَوْ جَاءَتْ مَجْنُونَةً، لاَ نَرُدُّهَا؛ لاحْتِمَالِ الإِسْلاَمِ قَبْلَ الجُنُونِ، وَلاَ يُغَرَّمُ.

وَالصَّبِيَّةُ (و) إِذَا وَصَفتِ الإِسْلاَمَ، فَلاَ نَرُدُّهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَصِحُّ إِسْلاَمُهَا، وتُغَرَّمُ[1] [عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ][2].

وَالرَّقِيقَةُ لاَ تُرَدُّ، وَنُغَرَّمُ لِسَيِّدِهَا، إِذَا جَاءَ يَطْلُبُهَا قِيمَتَهَا، لاَ مَا ٱشْتَرَىٰ بِهِ، وَلَوْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً (و)، وَجَاءَ السَّيِّدُ وَالزَّوجُ، غُرِّمْنَا القِيمَةَ والمَهْرَ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَلْزَمْنَا شَيْءٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَلَزِمَنَا حَقُّ الطَّالِبِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَعَلَىٰ وَجْهٍ ثَالِثٍ تَجِبُ لِلسَّيِّدِ القِيمَةُ؛ لأَنَّ لَهُ حَقَّ اليَدِ وَحْدَهُ دُونَ الزَّوْجِ.

وَلَوْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ، أَوْ مَاتَتْ، فَلاَ غُرْمَ، وَإِنْ قُتِلَتْ بَعْدَ الطَّلَبِ، وَجَبَ الغُرْمُ عَلَى القَاتِلِ مَعَ القِصَاصِ.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ، وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لا غُرْمَ لِلزَّوْجِ، إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ وَفي وُجُوبِ رَدِّ العَبْدِ وَالحُرِّ الَّذِي لاَ عَشِيرَةَ لَهُ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ بَدَلٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ الرَّدُّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَطَ كَفُّ [الأَذَى][3] في المُهَادَنَةِ، وَالحُرُّ إِذَا لَمْ يُطْلَبْ، لاَ يَجِبُ رَدُّهُ، وَإِذَا طُلِبَ، رُدَّ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَلَى الطَّالِبِ، وَأَنْ يَقْتُلَهُ(و)، إِذَا لَمْ يَجْرِ مَعَهُ شَرْطٌ، وَلَنَا أَنْ نُعَرِّفَهُ جَوَازَ ذَلِكَ بِالتَّعْرِيضِ لاَ بِالتَّصْرِيحِ، وَلَوْ شَرَطْنَا أَنَّ مَنْ جَاءَهُمْ مِنَّا، فَلاَ يَرُدُّونَ، وَفَّيْنَا (و) بِالشَّرْطِ، إِلاَّ في المَرْأَةِ، فَإِنَّا نَسْتَرِدُّهَا (و)، وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَدَّةً، فَإِنْ تَعَذَّرَ، غُرِّمْنَا لِزَوْجِهَا المُسْلِمِ مَا أَنْفَقَ مِنْ صَدَاقِهَا، فَإِنْ جَاءَتْنَا واحِدَةٌ مِنْهُمْ، صَرَفْنَا صَدَاقَهَا إِلَىٰ زَوْجِ المُرْتَدَّةِ، إِنْ تَسَاوَى القَدْرَانِ، وَإِلاَّ جَبَرْنَا النُّقْصَانَ أَوِ الزِّيَادَةَ، وَقُلْنَا: وَاحِدَةٌ بِوَاحِدَةٍ؛ لأَنَّ جَمِيعَهُمْ كَالشَّخْصِ الوَاحِدِ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن قلنا: لا يصح إسلامها وتغرم» هذا وجه، والأظهر أنا لا نغرم في الحال كما لو كانت مجنونة، فإن بلغت ووصفت الإسلام فحينئذٍ تغرم. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) في ط: الآدمي.

(كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ)

وَالنَّظَرُ في طَرَفَيْنِ:

(الأَوَّلُ): في سَبَبِ حِلِّ الذَّبِيحَةِ، وللذَّبْحِ أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ:

(الأَوَّلُ): الذَّابِحُ، وَهُوَ كُلُّ مُسْلِمٍ أَوْ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ، وَلاَ تَحِلُّ ذَبِيحَةُ المَجُوسِيِّ وَالوَثَنِيِّ، أَمَّا المُتَوَلِّدُ بَيْنَ الكِتَابِيِّ والمَجُوسِيِّ، فَقَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا التَّحْرِيمُ، والآخَرُ: النَّظَرُ إِلَى الأَبِ.

وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ الأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ، وَلَوِ اشْتَرَكَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ في الذَّبْحِ، حَرُمَ؛ وَكَذَا لَوْ أَرْسَلا سَهْمَيْنِ أَو كَلْبَيْنِ إِلَى الصَّيْدِ [حَرُمَ][1]، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا، وَصَيَّرَهُ إِلَىٰ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ، فَالحُكْمُ لَهُ، وَلَوْ رَدَّ كَلْبُ المَجُوسِيِّ الصَّيْدَ عَلَىٰ كَلْبِ المُسْلِمِ، فَافْتَرَسَهُ، حَلَّ (ح)، وَلَوْ أَثْخَنَهُ كَلْبُ المُسْلِمِ، فَأَدْرَكَهُ كَلْبُ المَجُوسِيِّ، وَقَتَلَهُ، فَهُوَ مَيْتَةٌ، وَيَضْمَنُهُ المَجُوسِيُّ لِلمُسْلِمِ، وَلاَ تَحِلُّ ذَبِيحَةُ المَجْنُونِ والصَّبِيِّ الَّذِي لاَ يُمَيِّزُ، عَلَىٰ أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ وَتَحِلُّ (و) ذَبِيحَةُ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ وَالأَعْمَىٰ، وَفِي اصْطِيَادِهِ بِالرَّمْيِ وَالكَلْبِ وَجْهَانِ؛ إِذْ لاَ يُمْكِنُهُ قَصْدُ عَيْنِ الصَّيْدِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الذَّبْحُ)، وَلاَ بُدَّ مِنَ الذَّبْحِ في كُلِّ حَيَوانٍ لاَ تَحِلُّ مَيْتَتُهُ، وَيَحِلُّ (و) ابْتِلاَعُ السَّمَكَةِ، وَيَتَعَيَّنُ الحَلْقُ وَاللَّبَّةُ في الذَّبْحِ، إِلاَّ فِي الصَّيْدِ، وَالحَيَوانُ الإِنْسِيُّ، إِنْ تَوَحَّشَ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ (م)، وَالبَعِيرُ إِنْ تَرَدَّىٰ في البِئْرِ، جَازَ الطَّعْنُ في خَاصِرَتِهِ، وَلَوْ شَرَدَ البَعِيرُ، وَجَبَ الصَّبْرُ إِلَى القُدْرَةِ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يُؤَدِّيَ طَلَبُهُ إِلَى مَهْلَكَةٍ، فيكون كالصَّيْدِ، وإِنْ كَانَ يُؤَدِّي إِلَى مَوْضِعِ لُصُوصٍ وَغُصَّابٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ جَرَحَ الصَّيْدَ بِسَهْمٍ، أَوْ جَرَحَهُ الكَلْبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْدُوَ إِلَيْهِ[2]، فَإِنْ بَقِيَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ ذَبَحَهُ، فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّىٰ مَات، فَحَرَامٌ، وَلاَ يُعْذَرُ بِأَلاَّ يَكُونَ مَعَهُ مُدْيَةٌ، أَوْ سَقَطَ مِنْهُ، أَوْ نَشَبَ (و) في الغِمْدِ، أَوْ غُصِبَ (و) مِنْهُ، وَإِنَّمَا يُبَاحُ إِذَا أَدْرَكَهُ مَيْتاً أَوْ في حَرَكَةِ المَذْبُوحِ، وَلَوْ قَدَّ صَيْداً بِنِصْفَيْنِ، فَالنِّصْفَانِ حَلاَلٌ، وَإِنْ أَبَانَ عُضْواً بِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ، فَالعُضْوُ حَلاَلٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُذَفِّفاً، فَذَبَحَ الصَّيْدُ، أَوْ مَاتَ بِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ، فَالعُضْوُ حَرَامٌ، وَإِنْ مَاتَ بِذَلِكَ الجُرْحِ، فَوَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ): الآلَةُ، وَهِيَ ثَلاَثَةُ أَقْسَامٍ:

(الأَوَّلُ): جَوَارِحُ الأَسْلِحَةِ، وَيَجُوزُ رَمْيُ الصَّيْدِ وَالذَّبْحُ بِجَمِيعِهِمَا إِلاَّ السِّنَّ وَالظُّفُرَ؛ فَيَحْرُمُ الذَّبْحُ بِهِ، مُتَّصِلاً كَانَ أَوْ مُنْفَصِلاً (ح).

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الرافعي: «ولو جرح الصيد بسهم أو جرحه الكلب فعليه أن يعدو إليه» هذا وجه والأظهر أنه لا يجب العدو، بل يكتفي بالمشي كما في السعي إلى الجمعة، وإن عرف التحرم بالجمعة بإمارةٍ. [ت]

(الثَّانِي: المُثَقَّلاتُ)، وَالَّذِي مَاتَ بِهِ حَرَامٌ؛ كَمَا لَوْ رَمَىٰ بِبُنْدُقَةٍ أَوْ أَلْقَاهُ في بِئرٍ، فَٱنْصَدَمَ، أَوِ ٱنخَنَقَ بالأُحْبُولَةِ، فَلاَ بُدَّ مِنْ جَارِحٍ، وَلَوْ مَاتَ تَحْتَ الكَلْبِ غَمّاً، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ وَبُنْدُقَةٍ أَو ٱنصِدَامٍ بِالأَرْضِ، أَوْ تَدَهْوُرٍ مِنْ جَبَلٍ، أَوْ وُقُوعٍ في مَاءٍ، أَوْ ٱنْصِدَامٍ بِأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ، فَهُوَ حَرَامٌ، بَلْ لاَ يُعْفَىٰ إِلاَّ عَنِ الانْصِدَامِ بِالأَرْضِ، فَإِنَّ ذَلِكَ بَعْدَ الجُرْحِ لاَ يَحْرُمُ لِلضَّرُورَةِ، وَلاَ يَكْفِي كَسْرُ الجَنَاحِ، مَعَ ٱلانْصِدَامِ بِالأَرْضِ.

(الثَّالِثُ: جَوَارِحُ الحَيَوَانِ)، وَالكَلْبُ المُعَلَّمُ كَآلَةِ الذَّابِحِ، فَتَحِلُّ فَرِيسَتُهُ، وَالمُعَلَّمُ هُوَ الَّذِي يَنْزَجِرُ بِزَجْرِ صَاحِبِهِ، وَيَسْتَرْسِلُ بِإِرْسَالِهِ، وَلاَ يَأْكُلُ (و) مِنْ فَرِيسَتِهِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ ٱنْزِجَارُهُ بِزَجْرِهِ بَعْدَ ٱشْتِدَادِ عَدْوِهِ بِإِرْسَالِهِ وَحِدَّتِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلْيَتَكَرَّرْ مِنْهُ تَرْكُ الأَكْلِ مِرَاراً (و)؛ حَتَّىٰ يَظْهَرَ بِهِ تَعَلُّمُهُ، فَإِنْ أَكَلَ المُعَلَّمُ نَادِراً، لَمْ تَحْرُمْ تِلْكَ الفَرِيسَةُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، فَإِنِ ٱعْتَادَ الأَكْلَ، حَرُمَتِ الفَرِيسَةُ الَّتِي بِهَا ظَهَرَتْ عَادَتُهُ، وَهَلْ يَحْرُمُ مَا أَكَلَ مِنْهَا قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَعْقُ الدَّمِ لَيْسَ (و) كَالأَكْلِ، وَمَوْضِعُ عَضِّ الكَلْبِ يُغْسَلُ سَبْعاً، وَيُعفَّرُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيُقَوَّرُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيُعْفَىٰ عَنْهُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَفَرِيسَةُ الفَهْدِ وَالنَّمِرِ حَرَامٌ؛ لأَنَّهُ لاَ يَتَأَدَّبُ بِتَرْكِ الأَكْلِ[1]، وَالبَازِيُّ أَيْضاً لاَ يَتْرُكُ الأَكْلَ، وَلَكِنْ إِنْ صَارَ مُعَلَّماً، فَفِي فَرِيسَتِهِ وَجْهَانِ[2]؛ لأَنَّ جِنْسَ الطُّيُورِ لاَ بُدَّ لَهَا مِنْ جَارِحَةٍ، وَتَعْلِيمُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ بِتَرْكِ الأَكْلِ مُتَعذِّرٌ؛ فَإِنَّها لاَ تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ) نَفْسُ الذَّبْحِ وَٱلاصْطِيَادِ، وَالذَّبْحُ سَيَأْتِي في «الضَّحَايَا»، وَأَمَّا ٱلاصْطِيَادُ، فَهُوَ إِمَاتَةُ الصَّيْدِ بِآلَةٍ، وَهُوَ كُلُّ جَرْحٍ مَقْصُودٍ حَصَلَ بِهِ المَوْتُ، وَلِلقَصْدِ ثَلاَثُ دَرَجَاتٍ:

(الأُولَىٰ) أَصْلُ الفِعْلِ، وَلاَ بُدَّ مِنْهُ، فَلَوْ سَقَطَ السَّيْفُ مِنْ يَدِهِ، فَٱنْجَرَحَ بِهِ صَيْدٌ، أَوْ نَصَبَ مِنْجَلاً فِي الشَّبَكَةِ، أَوْ سِكِّيناً فِي البِئْرِ، فَتَعَقَّرَ بِهِ الصَّيْدُ، فَحَرَامٌ (ح و)، وَلَوْ حَصَلَ قَطْعُ الحَلْقِ بِحَرَكَةِ اليَدِ، وَحَرَكَةِ الحَيَوانِ، فَحَرَامٌ؛ وَكَذَا فَرِيسَةُ الكَلْبِ المُسْتَرْسِلِ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ أَغْرَاهُ، فَٱزْدَادَ عَدْواً يَحِلُّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ حِوَالَةً عَلَى الإِغْرَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ صَدَرَ مِنْ مَجُوسِيٍّ لِكَلْبِ مُسْلِمٍ، حَرُمَ، أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ لِكَلْبِ مَجُوسِيٍّ، حَلَّ، أَوْ مِنْ غَاصِبٍ مَلَكَهُ الغَاصِبُ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَفِي الصَّيْدِ بِالكَلْبِ المَغْصُوبِ وَجْهَانِ[3].

---

(١) قال الرافعي: «وفريسة الفهد والنمر حرام؛ لأنه لا يتأدب بترك الأكل» مفهومه أن ما يقتله الفهد والنمر من الصيد حرام؛ لأنه لا يصير معلماً؛ لأن أحد أركان التعلّم ترك الأكل، وهو لا يترك الأكل وقد ذكر الإمام نحواً منه، لكن الذي نص عليه الشافعي والأصحاب حلّ ما قتله الفهد والنمر كحلّ ما قتله الكلب، فإن اتفق تعلّم الفهد ونحوه بترك الأكل على ندور فهو كالكلب بلا خلاف، والبازي أيضاً لا يترك الأكل. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لكن إن صار معلّماً ففي فريسته وجهان» المشهور في اشتراط ترك الأكل في الطيور قولان. [ت]

وقال أيضاً: « ولكن إن صار معلّماً ففي فريسته وجهان» لو قال: في فريسته ولم يقل: صار معلماً لم يضر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ففي الصيد بالكلب المغصوب وجهان» المسألة مذكورة في «الغصب»، لكنه لم يذكر هناك =

أَصَحُّهُمَا: أَنَّهُ لِلغَاصِبِ.

وَلَوْ رَمَىٰ سَهْماً يَقْصُرُ عَنِ الصَّيْدِ، وَأَعَانَ الرِّيحُ؛ حَتَّىٰ أَصَابَ، حَلَّ، وَلَوِ ٱنْصَدَمَ بِحَائِطٍ، فَأَصَابَ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَصَدَ ٱلرَّمْيَ، فَٱنْقَطَعَ الوَتَرُ، فَٱرْتَمَى السَّهْمُ فَوَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ: قَصْدُ جِنْسِ الحَيَوانِ)، فَلَوْ رَمَىٰ سَهْماً فِي خَلْوَةٍ، وَهُوَ لاَ يَرْجُو صَيْداً، فَٱتَّفَقَ، حَرُمَ؛ وَكَذَا لَوْ أَجَالَ سَيْفَهُ، فَأَصَابَ حَلْقَ شَاةٍ، وَلاَ يُشْتَرَطُ نِيَّةُ الذَّبحِ؛ إِذْ لَوْ قَطَعَ مَا ظَنَّهُ ثَوْباً؛ فَإِذَا هُوَ حَلْقُ شَاةٍ، حَلَّ، وَلَوْ ظَنَّهُ حَلْقَ آدَمِيٍّ، فَعَلَىٰ وَجْهَيْنِ، وَلَوْ ظَنَّ حَلْقَ خِنْزِيرٍ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِٱلْحِلِّ.

(الثَّالِثَةُ: قَصْدُ عَيْنِ الحَيْوَانِ)، فَلَوْ رَمَىٰ بِاللَّيْلِ إِلَىٰ حَيْثُ لاَ يَرَاهُ، وَلَكِنْ قَالَ: رُبَّمَا أُصِيبُ صَيْداً فَأَصَابَ، فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرِّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي مَظِنَّةِ التَّوَقُّعِ، أَوْ لا يَكُونَ، فَيُعَدَّ عَبَثاً، وَلَوْ قَصَدَ سِرْباً مِنَ الظِّبَاءِ، فَأَصَابَ وَاحِداً حَلَّ، وَلَوْ قَصَدَ وَاحِداً مِنْهُ، فَأَصَابَ آخَرَ، فَوَجْهَان، فَإِنْ كَانَ المُصَابُ مِنْ غَيْرِ السِّرْبِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالْمَنْعِ، وَلَوْ قَصَدَ حَجَراً، فَأَصَابَ ظَبْيَةً، فَوَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِالتَّحْرِيمِ، وَلَوْ قَصَدَ خِنْزِيراً، فَمَالَ إِلَىٰ ظَبْيَةٍ، فَأَوْلَىٰ بِالتَّحْرِيمِ.

أَمَّا قَوْلُنَا: حَصَلَ المَوْتُ بِهِ، أَرَدْنا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ المَجْرُوحُ بِٱفْتِرَاسِ سَبُعٍ، أَوْ صَدْمَةٍ، لَمْ يَحِلّ، فَإِنْ غَابَ عَنْهُ، وَأَدْرَكَهُ مَيِّتاً، وَعَلَيْهِ أَثَرٌ آخرُ، لَمْ يَحِلَّ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَثَراً آخَرَ، فَقَوْلاَنِ.

وَالتَّسْمِيَةُ مُسْتَحَبَّةٌ عِنْدَ الذَّبحِ، وَعِنْدَ إِرْسَالِ الكَلْبِ وَالسَّهْمِ، وَلاَ تُشْتَرَطُ، وَهَلْ يَكْفِي لِلاسْتِحْبَابِ التَسْمِيَةُ عِنْدَ عَضِّ الكَلْبِ؟ وَجْهَان.

(النَّظَرُ الثَّانِي): فِي أَسْبَابِ المِلْكِ، وَهُوَ فَصْلاَن:

(الأَوَّلُ فِي ٱلانْفِرَادِ) وَإِنَّمَا يُمْلَكُ الصَّيْدُ بِإِبْطَالِ مَنَعَتِهِ أَوْ بِإِثْبَاتِ اليَدِ، أَوْ الإِثْخَانِ، أَوِ الْوُقُوعِ فِيمَا نُصِبَ لِلصَّيْدِ، أَمَّا لَوْ تَوَحَّلَ بِمَزْرَعَتِهِ، أَوْ وَقَعَ فِي دَارِهِ أَوْ عَشَّشَ الطَّائِرُ فِي دَارِهِ لَمْ يُمْلَكْ بِمُجَرَّدِهِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، لَكِنْ هُوَ أَوْلَىٰ مِنْ غَيْرِهِ؛ كَالْمُتَحَجِّرِ، فَإِنْ أَخَذَ غَيْرُهُ مِنْ مِلْكِهِ، فَهُوَ كَمَنْ أَحْيا مَا تَحَجَّرَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ قَصَدَ مِنْ بِنَاءِ الدَّارِ تَعْشِيشَ الطَّائِرِ، فَوَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ لاَ يُعْتَادُ، وَلَوْ وَقَعَتْ مِنْهُ الشَّبَكَةُ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الصَّيْدُ، فَوَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْهُ وَإِنَّمَا المِلْكُ عِنْدَ ٱجْتِمَاعِ القَصْدِ وَالعَادَةِ، وَلَوِ ٱضْطَرَّهُ إِلَىٰ مَضِيقٍ لاَ مُخَلِّصَ لَهُ عَنْهُ مَلَكَهُ، وَإِنِ ٱضطَرَّ السَّمَكَةَ إِلَى بِرْكَةٍ وَاسِعَةٍ فَهُوَ كَالمُتَحَجِّرِ، وَإِنْ كَانَتْ ضَيِّقَةً مَلَكَ، وَإِذَا مَلَكَ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ بِالإِفْلاتِ، وَهَل يَخْرُجُ بِالتَّحْرِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ كِسْرَةِ خُبْزٍ فَهَلْ يَمْلِكُهُ مَنْ أَخَذَهُ؟ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ، وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ جِلْدِ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ غَيْرُهُ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ.

(فَرْعٌ): إِذَا ٱخْتَلَطَ حَمَامُ بُرْجٍ بِحَمَامِ بُرْجٍ آخَرَ، وَعَسُرَ التَّمْيِيزُ، فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا ٱلانْفِرَادُ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ ثَالِثٍ، وَإِنْ بَاعَ مِنْ صَاحِبِهِ، جَازَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِلحَاجَةِ، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ بَيْعِ الجَمِيعِ

= أن الأصح أيهما. [ت]

مِنْ ثَالِثٍ، وَعَلِمَا مِقْدَارَ قِيمَةِ المِلْكَيْنِ، أَوْ تَقَارَا عَلَىٰ تَقْدِيرٍ؛ حَتَّىٰ يُمْكِنَ التَّوْزِيعُ، جَازَ، وَإِلاَّ لَمْ يَجُزْ، وَإِنِ آخْتَلَطَ حَمَامُ مَمْلُوكٍ بِحَمَامِ بَلْدَةٍ لاَ يَحْرُمُ الصَّيْدُ، إِذَا كَانَ المَمْلُوكُ مَحْصُوراً، فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَحْصُورٍ؛ كَحَمَامِ بَلْدَةٍ أُخْرَىٰ، فَوَجْهَانِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي ٱلاشْتِرَاكِ)، وَلَهُ أَحْوَالٌ:

(الأُولَىٰ): أَنْ يَتَعَاقَبَ الجُرْحَانِ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي مُذَفِّفاً، فَهُوَ لَهُ، وَلاَ شَيْءَ عَلَى الأَوَّلِ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ مُذَفِّفاً، فَهُوَ لَهُ، وَعَلَى الثَّانِي أَرْشُ الجِرَاحَةِ؛ لأَنَّهُ جُرْحُ مِلْكِ الغَيْرِ، وَإِنْ أَزْمَنَ الأَوَّلُ، وَذَفَّفَ الثَّانِي، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، فَهِيَ مَيْتَةٌ، إِلاَّ أَنْ يُصِيبَ المَذْبَحَ، وَإِنْ لَمْ يُصِبِ المَذْبَحَ، فَهِيَ مَيْتَةٌ، وعَلَيْهِ قِيمَتُهُ الأَوَّلِ، فَإِنْ لَمْ يُذَفِّفْ، وَمَاتَ بِالجُرْحَيْنِ، فَفِي مِقْدَارِ الضَّمَانِ خِلاَفٌ يَنْبَنِي عَلَىٰ مَا لَوْ جَرَحَ عَبْداً قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ، فَرَجَعَ إِلَىٰ تِسْعَةٍ، فَجَرَحَهُ آخَرُ، فَمَاتَ مِنْهُمَا، فَلَوْ أَوْجَبْنَا عَلَى الثَّانِي نِصْفَ التِّسْعَةِ، وَعَلَى الأَوَّلِ نِصْفَ العَشَرَةِ، نَقَصَ المَبْلَغَانِ عَنْ قِيمَةِ العَبْدِ فِي الأَصْلِ، فَفِيهِ خَمْسَةُ أَوْجُهٍ:

فَعَلَىٰ وَجْهٍ لاَ يُبَالىٰ بِهَذَا النُّقْصَانِ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ يَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةٌ(م).

وَعَلَىٰ وَجْهٍ يَجِبُ عَلَى الأَوَّلِ خَمْسَةٌ وَنِصْفٌ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسَةٌ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ يَجِبُ عَلَى الأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءاً، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِين جُزْءاً مِنْ عَشَرَةٍ، وَعَلَى الثَّانِي عَشَرَةُ أَجْزَاءٍ، مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءاً مِنْ عَشَرَةٍ حَتَّىٰ لاَ يَزِيدَ عَلَى القِيمَةِ، وَيَتَفَاوَتَ الشَّرِيكَانِ.

وَعَلَى الوَجْهِ الخَامِسِ لاَ يُمْكِنُ إِيجَابُ زِيَادَةٍ عَلَىٰ أَرْبَعٍ وَنِصْفٍ عَلَى الثَّانِي، وَالبَاقِي إِلَى تَمَامِ العَشَرَةِ عَلَى الأَوَّلِ، وَهُوَ الأَقْرَبُ، وَلاَ يَنْفَكُّ وَجْهٌ عَنْ بُعْدٍ، وَلَوْكَانَتْ إِحْدَى الْجِرَاحَتَيْنِ مِنَ السَّيِّدِ، سَقَطَ مَا يُقَابِلُ جِرَاحَتَهُ، وَلَزِمَ البَاقِي عَلى الأَجْنَبِيِّ، وَيُخَرَّجُهُ عَلَى الأَوْجُهِ الخَمْسَةِ.

وَقِيلَ: مَسْأَلَةُ الصَّيْدِ كمَسْأَلَةِ السَّيِّدِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ؛ لأَنَّ أَحَدَهُمَا مَالِكٌ.

وَقِيلَ: بَلْ يَجِبُ جَمِيعُ القِيمَةِ عَلَى الثَّانِي؛ لأَنَّ السَّيِّدَ مَالِكٌ، والمَالِكُ ذَابِحٌ، وَإِنَّمَا فسدَ بِجِنَايَةِ الثَّانِي، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَّجِهُ إِذَا كَانَ جَرَحَهُ بِحَيْثُ لَوْ مَاتَ بِهِ، يَحِلُّ، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ الظَّفَرُ بِهِ، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ.

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يُصِيبَا مَعاً، فَهُوَ لَهُمَا إِنْ تَسَاوَى جُرْحُهُمَا، وإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُزْمِناً، أَوْ مُذَفِّفاً دُونَ الآخَرِ، فَهُوَ لَهُ وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الآخَرِ، وَإِنِ آحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الإِزْمَانُ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَيُسْتَحَبُّ ٱلاسْتِحْلاَلُ مِنَ الجَانِبَيْنِ، لِلشُّبْهَةِ.

(الحَالَةُ الثَّالِثَةُ)(١): لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُذَفِّفٌ، وَشَكَكْنَا فِي الآخَرِ، فَالنِّصْفُ مُسَلَّمٌ

(١) سقط من ب.

لِلمُذَفِّفِ، والنِّصْفُ الآخَرُ مَوْقُوفٌ إلَى التَّصَالُحِ.

وَقِيلَ: إنَّ الْكُلَّ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، أَمَّا إذَا ذُفِّفَ أَحَدُهُمَا، وَأَزْمَنَ الآخَرُ، وَلَمْ يُدْرَ السَّابِقُ، فَهُوَ حَرَامٌ؛ لاحْتِمَالِ كَوْنِ التَّذْفِيفِ قَاتِلاً بَعْدَ الإزْمَانِ.

وَقِيلَ هُوَ كَمَسْأَلَةِ الإنْمَاءِ[1].

(الحَالَةُ[الرَّابِعَة])[2]: وَلَوْ تَرَتَّبَ الجُرْحَانِ، وَحَصَلَ الإزْمَانُ بِمَجْمُوعِهِمَا، فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

وَقِيلَ: إنَّهُ لِلثَّانِي[3].

فَعَلَىٰ هَذَا لَوْ عَادَ الأَوَّلُ، وَجَرَحَهُ ثَانِياً، فَجِرَاحَتُهُ الأُولَى هَدَرٌ، وَهَذَا مَضْمُونٌ، فَإنْ مَاتَ بِالجِرَاحَاتِ الثَّلاثِ، وَجَبَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الصَّيْدِ، وَبِهِ جِرَاحَةُ الهَدَرِ جِرَاحَةُ المَالِكِ[4].

وَقِيلَ: عَلَيْهِ ثُلُثُ القِيمَةِ.

وَقِيلَ: رُبُعُ القِيمَةِ.

---

(١) أن يموت الصيد بحيث لا يُدْرَى أمات بسهمك أو بسهم غيرك. ينظر: المصباح المنير (٦٢٦).

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ولو ترتب الجرحان، وحصل الإزمان بمجموعهما فهو بينهما، وقيل: إنه للثاني» نظم الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر الثاني. [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن مات بالجراحات الثلاث وجب عليه قيمة الصيد وفيه جراحته المهدرة وجراحة المالك إلى آخره» النظم يشعر بترجيح وجوب تمام القيمة والأظهر التوزيع. [ت]

(كِتَابُ الضَّحَايَا)

وَالضَّحِيَّةُ سُنَّةٌ غَيْرُ وَاجِبَةٍ[1] [ح م]، إِلاَّ إِذَا نَذَرَ، أَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، وَمُجَرَّدُ الشِّرَاءِ بِنِيَّةِ الضَّحِيَّةِ لاَ يَلْزَمُ [ح م]، وَالنَّظَرُ في أَحْكَامِهَا وَأَرْكَانِهَا:

(الأَوَّلُ في الأَرْكَانِ)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: الذَّبِيحُ)، وَهُوَ النَّعَمُ فَقَطْ، وَلاَ يُجْزِىءُ مِنَ الضَّأْنِ إِلا الَّتِي في السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمِنَ المَعْزِ إِلاَّ الَّتِي في الثَّالِثَةِ (و)؛ وَكَذَا مِنَ البَقَرِ، وَمِنَ الإِبِلِ إِلاَّ في السَّادِسَةِ، وَيُجْزِىءُ الذَّكَرُ وَالأُنْثَىٰ.

وَجُمْلَةٌ مِنَ الصِّفَاتِ تَمْنَعُ الإِجْزَاءَ؛ فَلاَ تُجْزِىءُ المَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا، وَفي مَعْنَاهَا الجَرْبَاءُ الكَثِيرَةُ الجَرَبِ دُونَ الجَرَبِ اليَسِيرِ[2]، وَلاَ العَرْجَاءُ الَّتِي يَمْتَنِعُ كَثْرَةُ تَرَدُّدِهَا في المَرْعَىٰ، إِلاَّ أَنْ تَعْرَجَ، وَقَدْ أُضْجِعَتْ لِلتَّضْحِيَةِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

وَلاَ العَوْرَاءُ، وَإِنْ كَانَتِ (و) الحَدَقَةُ بَاقِيَةً، وَلاَ العَجْفَاءُ الَّتِي لاَ نَقِيَّ لَهَا، وَلاَ المَجْنُونَةُ الَّتِي تَسْتَدِيرُ في المَرْعَىٰ، وَلاَ تَرْعَىٰ، وَلاَ المَقْطُوعُ مُعْظَمُ أُذُنِهَا، أَوْ قَدْرُ مَا يَظْهَرُ مِنَ البُعْدِ، وَلاَ الَّتِي[3] أَخَذَ الذِّئْبُ مِقْدَاراً بَيِّناً مِنْ فَخِذِهَا، أَمَّا المَقْطُوعَةُ قَدْراً يَسِيراً مِنْ أُذُنِهَا، أَوْ المَخْرُوقَةُ الأُذُنِ، أَوِ المَشْقُوقَةُ، أَوِ المَقْطُوعُ جَمِيعُ ضَرْعِهَا، أَوِ الَّتِي اقْتَلَعَ الذِّئْبُ أَلْيَتَهَا فَفِي الكُلِّ وَجْهَانِ، وَتُجْزِىءُ (و) المَنْزُوعُ الخُصْيَةِ، وَالمُنْكَسِرُ (م) القَرْنِ، وَالَّتِي لاَ قَرْنَ لَهَا، وَالَّتِي تَنَاثَرَ (و) جَمِيعُ أَسْنَانِهَا، وَالفَحْلُ وَإِنْ كَثُرَ نَزَوَانُهُ، وَالأُنْثَى وَإِنْ كَثُرَتْ وِلاَدَتُهَا، وَتُجْزِىءُ الشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ، وَالبَقَرُ وَالإِبِلُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا (م) مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَلاَ جَمِيعُهُمْ مُضَحِّينَ، وَيُجْزِىءُ عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سَبْعُ شِيَاةٍ بِأَسْبَابٍ مُخْتَلِفَةٍ إِلاَّ في جَزَاءِ الصَّيْدِ، وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلاَنِ في شَاتَيْنِ عَلَى الشُّيُوعِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يُجْزِىءُ نِصْفُ شَاةٍ وَاحِدَةٍ.

(أَمَّا السُّنَّةُ) فَالأَحَبُّ هُوَ الأَسْمَنُ الأَكْمَلُ، وَسَبْعٌ مِنَ الغَنَمِ أَحَبُّ (و) مِنَ البَقَرَةِ وَالبَدَنَةِ، وَالبَدَنَةُ أَحَبُّ مِنَ البَقَرَةِ، وَالأَبْيَضُ أَحَبُّ مِنَ الأَسْوَدِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الأُنْثَى (ح) أَحَبُّ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ الَّتِي لَمْ تَلِدْ، وَإِلاَّ فَلَحْمُ الذَّكَرِ أَطْيَبُ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الوَقْتُ) وَهُوَ يَوْمُ (ح) النَّحْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ، وَدِمَاءُ الجُبْرَانَاتِ لاَ وَقْتَ لَهَا[4]،

---

(١) قال الرافعي: «والتضحية سنة غير واجبة» الجمع بين اللفظين للتأكيد. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي معناها الجرباء الكثيرة الجرب دون الجرب اليسير» هذا وجه اختاره الإمام، والذي أورده المعظم أن الجرب يمنع الاجزاء يسيراً كان أو كثيراً. [ت]

(٣) في ب الذي.

(٤) قال الرافعي: «ودماء الجبرانات لا وقت لها» أي لا تختص بوقت. قد ذكره مَرَّة في الحج. [ت]

وَأَوَّلُ الوَقْتِ بِٱنْقِضَاءِ وَقْتِ الكَرَاهَةِ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ يَوْمَ العِيدِ وَبَعْدَ مِقْدَارِ خُطْبَتَيْنِ وَرَكْعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ، وَقِيلَ: بَلْ طَوِيلَتَيْنِ عَلَى العَادَةِ، وَآخِرُهُ غُرُوبُ الشَّمْسِ آخِرَ ثَالِثِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَيُجْزِىءُ بِاللَّيْلِ، [م][(١)] وَفِي اليَوْمِ الثَّالِثِ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الذَّابِحُ) وَمَنْ حَلَّ ذَبِيحَتُهُ صَحَّ مُبَاشَرَتُهُ لِلتَّضْحِيَّةِ، وَلَكِنْ لَوْ وَكَّلَ كِتَابِيّاً، فَلْيَنْوِ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ وَكَّلَ مُسْلِماً بِالتَّضْحِيَةِ وَالنِّيَّةِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، أَغْنَاهُ عَنْ تَجْدِيدِ النِّيَّةِ[(٢)] عِنْدَ الذَّبْحِ، وَلاَ ضَحِيَّةَ (و) لِلرَّقِيقِ؛ إِذْ لاَ مِلْكَ لَهُ، وَفِي المُكَاتَبِ إِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ خِلاَفٌ، وَلْيُبَاشِرِ الذَّبْحَ بِنَفْسِهِ، أَوْ لِيَشْهَدْ؛ فَهُوَ أَحَبُّ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الذَّبْحُ) وَهُوَ التَّذْفِيفُ بِقَطْعِ تَمَامِ الحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ بِآلَةٍ لَيْسَ بِعَظْمٍ (ح م) مِنْ حَيَوَانٍ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، وَلاَ يُشْتَرَطُ قَطْعُ الأَوْدَاجِ [م][(٣)]، وَلَوْ تَرَكَ جِلْدَةً يَسِيرَةً مِنَ الحُلْقُومِ حَرُمَ، وَلَوْ قَطَعَ مِنَ القَفَا وَأَسْرَعَ حَتَّى ٱنْقَطَعَ الحَلْقُ قَبْلَ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ، جَازَ، وَلَوْ رَمَى رَأْسَ عُصْفُورٍ بِبُنْدُقَةٍ لَمْ يَحِلَّ، وَلَوْ نَزَعَ غَيْرُهُ مَعَ ذَبْحِهِ حَشْوَةَ الحَيَوانِ، حَرُمَ؛ إِذْ لَمْ يَنْفَرِدِ الذَّبْحُ بِالتَّذْفِيفِ، وَالمُشْرِفُ عَلَى المَوْتِ إِنْ شَكَكْنَا فِي أَنَّ حَرَكَتَهُ كَحَرَكَةِ المَذْبُوحِ أَوْ حَيَاتَهُ مُسْتَقِرَّةٌ، فَالغَالِبُ التَّحْرِيمُ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ بِدَوَامِ الحَرَكَةِ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَٱنْفِجَارِ الدَّمِ، وَعَلاَمَاتٍ أُخْرَى جَازَ ذَبْحُهُ.

(أَمَّا السُّنَنُ) فَيُسْتَحَبُّ تَحْدِيدُ الشَّفْرَةِ؛ وَسُرْعَةُ القَطْعِ، وَتَوْجِيهُ المَذْبُوحِ إِلَى القِبْلَةِ، وَٱسْتِقْبَالُ الذَّابِحِ القِبْلَةَ، وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ (ح) اللهِ، وَلاَ يَقُولَ: بِسْمِ مُحَمَّدٍ، وَلاَ يَقُولَ: بِسْمِ اللهِ وَمُحَمَّدٍ، وَلَوْ قَالَ: بِسْمِ اللهِ وَمُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ جَازَ، وَيُسْتَحَبُّ (م) ذَبْحُ البَعِيرِ فِي اللَّبَّةِ لِلتَّسْهِيلِ، وَيَقُولُ فِي الضَّحِيَّةِ: اللَّهُمَّ إِنَّ هَذَا مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي، وَيَنْوِي عِنْدَ التَّضْحِيَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ الشَّاةَ، وَإِنَّمَا تَتَعَيَّنُ بِقَوْلِهِ: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً، وَلَوْ نَذَرَ ثُمَّ قَالَ: هَذِهِ عَنْ نَذْرِي، فَفِي التَّعْيِينِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ التَّضْحِيَةُ بِهَذِهِ الشَّاةِ، فَفِي التَّعْيِينِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يَتَعَيَّنَ، وَلَوْ عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ لِلصَّدَقَةِ، لَمْ تَتَعَيَّنْ، وَلَوْ نَذَرَ الضَّحِيَّةَ، فَفِي تَعْيِينِ وَقْتِ الضَّحِيَّةِ خِلاَفٌ (و)، وَيُسْتَحَبُّ (ح م) لِلْمُضَحِّي أَلاَّ يَحْلِقَ، وَلاَ يُقَلِّمَ فِي عَشْرِ ذِي الحِجَّةِ؛ تَكْمِيلاً لِلأَجْرِ وَرَجَاءً لِلْعِتْقِ مِنَ النَّارِ فِيهَا.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ الضَّحَايَا) وَهِيَ ثَلاَثَةٌ:

(الحُكْمُ الأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً فَمَاتَتْ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ عَيَّنَهَا عَنْ نَذْرٍ سَابِقٍ وَقُلْنَا: تَتَعَيَّنُ فَمَاتَتْ، فَفِي وُجُوبِ الإِبْدَالِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ فَيَشْتَرِي بِقِيمَتِهَا أُخْرَى، فَإِنْ لَمْ تَفِ القِيمَةُ بِشَاةٍ كَامِلَةٍ، اشْتَرَى بِهَا شِقْصاً لِلضَّرُورَةِ، وَعَلَى وَجْهٍ يُصْرَفُ مَصْرِفَ الضَّحَايَا، وَلَوْ أَتْلَفَ المَالِكُ وَنَقَصَتِ القِيمَةُ، فَفِي وُجُوبِ التَّكْمِيلِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَادَتِ القِيمَةُ،

---

(١) سقط من ب.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال جعلت هذه الشاة ضحية أغناه عن تجديد النية»، هذا وجه والأقرب أنه لا يغنيه. [ت]

(٣) سقط من ب.

اشْتَرَىٰ بِهَا كَرِيمَةً، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ، فَشِقْصٌ آخَرُ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَعَلَى وَجْهٍ يَشْتَرِي خَاتَماً فَيَتَخَتَّمُ بِهِ أَوْ يَصْرِفُهُ مَصْرِفَ الضَّحَايَا، أَمَّا إِذَا ذَبَحَهَا أَجْنَبِيٌّ فِي وَقْتِ التَّضْحِيَةِ، فَحَيْثُ لاَ يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ لِلتَّعْيِينِ السَّابِقِ، وَقَعَ المَوْقِعَ، وَفِي لُزُومِ أَرْشِ الذَّبْحِ وَجْهَانِ[1]، وَحَيْثُ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ فَاتَتِ القُرْبَةُ، وَيُصْرَفُ لَحْمُهَا مَصْرِفَ الضَّحَايَا عَلَى وَجْهٍ، وَيُؤْخَذُ القِيمَةُ مِنَ الذَّابِحِ وَيُصْرَفُ فِي الأُضْحِيَةِ، وَيَنْفَكُّ عَنْ حُكْمِ الضَّحِيَّةِ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَمَنْ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ وَأَكَلَ لَحْمَهُ، فَفِي قَوْلٍ، يَلْزَمُهُ قِيمَةُ الشَّاةِ، وَفِي قَوْلٍ: يَلْزَمُهُ أَرْشُ الذَّبْحِ، وَقِيمَةُ اللَّحْمِ، وَرُبَّمَا زَادَ ذَلِكَ عَلَى قِيمَةِ الشَّاةِ أَوْ نَقَصَ.

(الحُكْمُ الثَّانِي: التَّعَيُّبُ) وَحَيْثُ لاَ يَلْزَمُ شَيْءٌ بِالتَّلَفِ، فَلاَ يَلْزَمُ بِالتَّعَيُّبِ، فَإِنْ كَانَ العَيْبُ مَانِعاً مِنَ الضَّحِيَّةِ، فَفِي انْفِكَاكِ الشَّاةِ عَنِ الضَّحِيَّةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ ابْتِدَاءً: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَحِيَّةً وَهِيَ مَعِيبَةٌ، فَالصَّحِيحُ (و) وُجُوبُ صَرْفِهَا إِلَىٰ مَصَارِفِ الضَّحِيَّةِ، وَلَوْ قَالَ لِظَبْيَةٍ: جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، فَهُوَ لاَغٍ، وَلَوْ قَالَ لِفَصِيلٍ أَوْ سَخْلَةٍ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ عَيَّنَ مَعِيبَةً لِنَذْرِهِ وَقُلْنَا: تَتَعَيَّنُ، فَلاَ تَبْرَأُ بِهَا ذِمَّتُهُ، وَهَلْ يَلْزَمُ تَفْرِقَةُ لَحْمِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ زَالَ العَيْبُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَفِي البَرَاءَةِ بِهَا وَجْهَانِ، وَإِنْ تَعَيَّبَتِ المَعِيبَةُ بِفِعْلِهِ، فَعَلَيْهِ إِبْدَالُهَا بِصَحِيحَةٍ، وَفِي انْفِكَاكِ المَعِيبَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِعَرْجَاءَ، لَزِمَهُ عَرْجَاءُ، وَفِي وَجْهٍ: يَلْزَمُهُ صَحِيحَةٌ، وَفِي وَجْهٍ: لاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالضَّلاَلُ كَالهَلاَكِ، وَلَكِنْ حَيْثُ وَجَبَ البَدَلُ وَوَجَدَ الضَّالَّةَ بَعْدَ تَضْحِيَةِ البَدَلِ، فَفِي [لُزُومِ][2] تَضْحِيَةِ الضَّالَّةِ قَوْلاَنِ (ح)، وَلَوْ عَيَّنَ وَاحِدَةً بَدَلَ الضَّالَّةِ ثُمَّ وَجَدَهَا قَبْلَ ذَبْحِ البَدَلِ، وَجَبَ ذَبْحُهُمَا فِي قَوْلٍ[3] وَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَ الثَّانِي فِي قَوْلٍ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا فِي قَوْلٍ.

(الحُكْمُ الثَّالِثُ فِي الأَكْلِ) وَفِي جَوَازِ الأَكْلِ مِنَ المَنْذُورَةِ وَجْهَانِ[4]، وَالمُتَطَوَّعُ بِهَا يَجُوزُ الأَكْلُ مِنْهَا وَإِطْعَامُ الأَغْنِيَاءِ، وَلاَ يَجُوزُ تَمْلِيكُ الأَغْنِيَاءِ لِلبَيْعِ، وَيَجُوزُ تَمْلِيكُ الفُقَرَاءِ لِلْبَيْعِ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِقَدْرِ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ (و) الاسْمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا، لَزِمَ التَّمْلِيكُ فِي ذَلِكَ القَدْرِ، فَإِنْ أَكَلَ الجَمِيعَ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلاَّ قِيمَةُ ذَلِكَ القَدْرِ، وَقِيلَ: يَجِبُ قِيمَةُ النِّصْفِ، ثُمَّ الأَحْسَنُ التَّصَدُّقُ بِالجَمِيعِ، وَالتَّبَرُّكُ بِأَكْلِ لُقْمَةٍ، وَيَتَأَدَّى كَمَالُ الشِّعَارِ بِالتَّصَدُّقِ بِالثُّلُثِ، وَيَأْكُلُ الثُّلُثَ، وَيَدَّخِرُ

---

(١) قال الرافعي: «وقع الموقع، وفي لزوم أرش الذبح وجهان»، قال الأكثرون: فيه قولان. [ت]

(٢) سقط من ط.

(٣) قال الرافعي: «حيث وجب البدل، ووجد الضّالة بعد تضحية البدل ففي تضحية الضالة قولان» قيل وجهان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وفي جواز الأكل من المنذورة وجهان» قضية إطلاقه التسوية بين أن يعين النذر عما في الذمة، وبين نذر المجازاة، وبين الملتزم المعين والمطلق، وعلى الإطلاق جرى جارون، والأثبت والأقوى أنه لا يجوز الأكل إذا عين بالنذر عما في ذمّته من دم حلق أو تطيّب شاة، وكذا إذا نذر مجازاة بأن علق على التزام التضحية بشفاء المريض وقدوم الغائب، وإن أطلق الالتزام ولم يعلقه بشيء، وقلنا: يجب الوفاء به وهو الأظهر، فإن عين فقال: لله عليَّ أن أضحي بهذه، ففي جواز الأكل ها هنا قولان أو وجهان بناءً على أن النذر يحمل على أقل ما يجب، أو أقل ما يتقرب به، وإن التزم في الذّمة، ثم عين عما عليه، فالخلاف مرتب، وأولى بألاّ يجوز الأكل. [ت]

الثُّلُثَ، وَقِيلَ: بَلْ يَتَصَدَّقُ بِالنِّصْفِ[1]، وَجِلْدُ الضَّحِيَّةِ يَتَصَدَّقُ بِهِ أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ فِي البَيْتِ، وَوَلَدُ الضَّحِيَّةِ لَهُ حُكْمُ الأُمِّ، لَكِنْ يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِهِ؛ كَمَا يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِ اللَّبَنِ؛ لأَنَّهُ جُزْءٌ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ شَاةً وَقَالَ جَعَلْتُهَا ضَحِيَّةً، ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْباً، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ وَلَهُ الأَرْشُ، وَلاَ يَلْزَمُ صَرْفُ الأَرْشِ إِلَى مَصْرِفِ الضَّحَايَا.

(وَأَمَّا العَقِيقَةُ) فَهِيَ أَيْضاً كَالضَّحِيَّةِ فِي أَحْكَامِهَا، لَكِنَّ وَقْتَهَا يَدْخُلُ بِوِلاَدَةِ المَوْلُودِ إِلَى السَّابِعِ، وَلاَ يَتَأَدَّىٰ ٱلاسْتِحْبَابُ إِلاَّ بِمَا يَتَأَدَّى بِهِ الضَّحِيَّةُ[2]، لَكِنْ (و) تَنْضُجُ عِظَامُهَا صَحِيحَةً مِنْ غَيْرِ كَسْرٍ؛ تَفَاؤُلاً بِسَلاَمَةِ أَعْضَاءِ الصَّبِيِّ، وَيُعَقُّ عَنِ الْجَارِيَةِ بِشَاةٍ، وَعَنِ الغُلاَمِ بِشَاتَيْنِ، وَتَكْفِي وَاحِدَةٌ أَيْضاً، وَالتَّصَدُّقُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ الدَّعْوَةِ، والتَّصَدُّقُ بِالمَرَقَةِ يُغْنِي (و) عَنِ التَّصَدُّقِ بِاللَّحْمِ[3]، أَعْنِي إِذَا أَوْجَبْنَا التَّصَدُّقَ بِمَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ ٱلاسْمُ، لأَدَاءِ العِبَادَةِ، وَتَلْطِيخُ رَأْسِ الصَّبِيِّ بِدَمِ الشَّاةِ مَكْرُوهٌ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَمِّي فِي السَّابِعِ، وَيَحْلِقَ شَعْرَهُ، وَيَتَصَدَّقُ بِزِنَةِ شَعْرِهِ ذَهَباً أَوْ فِضَّةً.

---

(١) قال الرافعي: «ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثّلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث وقيل: بل يتصدق بالنصف» التثليث المذكور لا يكاد يوجد إلا في هذا الكتاب، وإنما المشهور في القدر الذي يستحب ألا ينقص عن التصدق به قولان:

أحدهما: يأكل النصف، ويتصدق بالنصف، والثاني: يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين.[ت]

وقال أيضاً «ويتأدّى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، ويأكل الثلث، ويدخر الثلث» هذا لا يوجد لغيره، وإنما قالوا في القدر الذي يستحب ألاّ ينقص التصدق عنه قولان: أحدهما: أنه يأكل النصف، ويتصدق بالنصف .

والثاني: أنه يأكل الثلث، ويتصدق بالثلثين، ويروى تغيراً عن القول الثاني أنه يأكل الثلث، ويهدي إلى الأغنياء والمتحملين الثلث ويتصدق بالثلث. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يتأدى الاستحباب إلاّ بما يتأدّى به الضحية» هذا متناول لقوله أولاً: إنها كالضحية في أحكامها. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فالتصدق بالمرقة يغني عن التصدق باللحم إلى آخره» هذا لم يحكه غير صاحب الكتاب، وعزاه في «الوسيط» إلى الصَّيْدلاني، ولم أجده في مجموعه. [ت]

وقال أيضاً: «يغني عن التصدق باللحم أعني إذا أوجبنا» لا حاجة إلى كلمة أعني. [ت]

(كِتَابُ الأَطْعِمَةِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ)

(الفصل الأَوَّلُ في حَالِ ٱلاخْتِيَارِ) وَجَمِيعُ مَا خَلَقَهُ الله تَعَالَىٰ مِنَ المَطْعُومَاتِ حَلاَلٌ إِلاَّ مَا تَسْتَثْنِيهِ عَشَرَةُ أُصُولٍ:

(الأَوَّلُ): مَا نَصَّ الْكِتَابُ عَلَى تَحْرِيمِهِ؛ كَالْخِنزِيرِ وَالخمرِ، أَوِ السُّنَّةُ؛ كَالحُمرِ الأَهْلِيَّةِ.

(الثَّانِي): مَا في مَعْنَاهُمَا؛ كَالنَّبِيذِ (ح) في مَعْنَى الخَمْرِ.

(الثَّالِثُ): كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَكُلُّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطُّيُورِ؛ فَيَحْرُمُ الكَلْبُ وَالفِيلُ (و) والدُّبُّ، وَالبَازِي، وَالشَّاهِينُ، والصَّقْرُ، وَالعُقَابُ، والنِّسْرُ، وَجَمِيعُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ، وَلاَ يَحْرُمُ (ح) الضَّبُّ، وَالضَّبعُ(م) والثَّعْلَبُ (م) أما ٱبْنُ عُرْسٍ وَابْنُ اوىٰ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، لِشَبَهِهِ بِالثَّعْلَبِ وَالْكَلْبِ، وَكَذَا في الْهِرَّةِ الوَحْشِيَّةِ تَرَدُّدٌ؛ (و) لِشبهِهَا بالإِنْسِيَّةِ، وَالأَظْهَرُ إِلْحَاقُ السَّمُّورِ وَالسِّنْجَابِ بِالثَّعْلَبِ.

(الرَّابِعُ) مَا أُمِرَ بِقَتْلِهِ كَالفَواسِقِ الخَمْسِ، وَهِيَ الغُرَابُ وَالحِدَأَةُ وَالعَقْرَبُ وَالحَيَّةُ وَالفَأْرَةُ، وَفِي مَعْنَى الخَمْسِ كُلُّ سَبُعٍ ضَارٍّ، كَالذِّئْبِ وَالأَسَدِ وَالفَهْدِ وَالنَّمِرِ، وَالنَّعَامَةُ تُلْحَقُ بِالْحِدَأَةِ وَالْغُرَابُ الأَبْقَعُ حَرَامٌ، وَفِي الأَسْوَدِ الكَبِيرِ تَرَدُّدٌ (و)، وَأَمَّا غُرَابُ الزَّرْعِ وَمِنْهَا حُمْرُ المَنَاقِيرِ وَالأَرْجُلِ، فَالأَظْهَرُ (و) حِلُّهَا.

(الخَامِسُ): مَا نُهِيَ عَنْ قَتْلِهِ كَالخُطَّافِ (و) وَالصُّرَدِ وَالنَّمْلَةِ وَالنَّحْلِ، وَفِي الهُدْهُدِ تَرَدُّدٌ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ اللَّقْلَقَ حَلاَلٌ[1] كَالكُرْكِيِّ، وَكُلُّ ذَاتِ طَوْقٍ فَحَلاَلٌ، وَٱسْمُ الحَمَامِ يَشْمَلُ الفَوَاخِتَ وَالقَمَارِيَّ، وَمَا عَلى شَكْلِ العُصْفُورِ (و)، فَحَلاَلٌ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَ أَلْوَانُهَا كَالزُّرْزُورِ وَالصَّعْوَةِ وَأَشْبَاهِهَا، وَأَمَّا طَيْرُ المَاءِ وَحَيَوَانُهُ كُلُّهُ مُبَاحٌ إِلاَّ مَا لَهُ نَظِيرٌ مُحَرَّمٌ فِي البَرِّ فَفِيهِ قَوْلاَنِ[2].

(السَّادِسُ) مَا ٱسْتَخْبَثَتْهُ العَرَبُ فَحَرَامٌ؛ كَالْحَشَرَاتِ وَالضُّفْدَعِ [ح و][3] وَالسَّرَطَانِ [م و][4] والسُّلَحْفَاةِ [م و][5] وَلاَ يَحِلُّ مِنْهَا إِلاَّ الضَّبُّ [ح][6]، وَفِي أُمِّ حبين تَرَدُّدٌ، وَلَعَلَّهُ وَلَدُ الضَّبِّ، وَالجَرَادُ حَلاَلٌ، وَفِي الصَّرَّارَةِ تَرَدُّدٌ (م و)، وَتَشْبِيهُهَا بِالخُنْفُسَاءِ أَظْهَرُ، وَفِي القُنْفُذِ وَجْهَانِ، وَمَا أَشْكَلَ مِنْهُ فَيُرْجَعُ فِيهِ إِلى العَرَبِ.

---

(١) قال الرافعي: «والأظهر أن اللقلق حلال» اختار كثير من المعتبرين منهم أبو عاصم العبادي أنه حرام قال في التهذيب وهو الأصح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «إلاَّ مَا لَهُ نظير محرم في البر، ففيه قولان» المشهور من هذا الخلاف الوجه. [ت]

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

(٦) سقط من ب.

(السَّابِعُ): مَالاَ نَصَّ في تَحْرِيمِهِ، وَوَرَدَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّهُ كَانَ حَرَاماً في شَرْعِ مَنْ قَبْلَنَا، فَهُوَ مُسْتَصْحَبٌ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ.

(الثَّامِنُ): الحَلاَلُ إِذَا خَالَطَتْهُ نَجَاسَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ، كَالدُّهْنِ وَكَالْجَلاَّلَةِ الَّتِي تَأْكُلُ العَذِرَةَ، فَهُوَ حَرَامٌ[١] [م و][٢] إِنْ ظَهَرَ النَّتَنُ في لَحْمِهِ، وَجِلْدُهَا نَجِسٌ إِلاَّ أَنْ تَزُولَ الرَّائِحَةُ بِالدَّبْغِ، وَمَهْمَا زَالَ بِالعَلَفِ، حَلَّ لَحْمُهُ، وَلَوْ زَالَ بِالطَّبْخِ لَمْ يَحِلَّ، وَالزَّرْعُ لاَ يَحْرُمُ وَإِنْ كَثُرَ الزِّبْلُ في أَصْلِهِ.

(التَّاسِعُ): مَا حُكِمَ بِحِلِّهِ فَيَحْرُمُ مِنْهُ المُنْخَنِقَةُ، وَمَا ذُبِحَ ذَبْحاً غَيْرَ شَرْعِيٍّ إِلاَّ الجَنِينَ المَيِّتَ في بَطْنِ المُذَكَّى فَهُوَ حَلاَلٌ.

(العَاشِرُ): مَا اكْتُسِبَ بِمُخَامَرَةِ نَجَاسَةٍ؛ كَكَسْبِ الحَجَّامِ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَلَيْسَ بِحَرَامٍ، وَيَنْبَغِي أَلاَّ يَأْكُلَ وَيُعْلَفَ رَقِيقَهُ وَنَاضِحَهُ.

(الفَصْلُ الثَّانِي في حَالِ ٱلاضْطِرَارِ) وَجَمِيعُ المُحَرَّمَاتِ تُبَاحُ بِالضَّرُورَةِ، لَكِنِ النَّظَرُ في حَالِ الضَّرُورَةِ وَحَدِّ المُسْتَبَاحِ وَجِنْسِهِ، وَحَدُّ الضَّرُورَةِ أَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ الهَلاَكَ، أَوْ مَرَضاً مَخُوفاً في جِنْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَخُوفاً لِطُولِهِ وَعُسْرِ عِلاَجِهِ، فَوَجْهَانِ، وَإِذَا جَازَ الأَكْلُ وَجَبَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ ٱلاسْتِسْلاَمُ وَالتَّوَرُّعُ؛ كَدَفْعِ الصَّائِلِ، وَلاَ أَصْلَ لَهُ، وَأَما قَدْرُ المُسْتَبَاحِ، فَهُوَ سَدُّ الرَّمَقِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِلَى الشِّبَعِ فَقَوْلاَنِ، وَلاَ شَكَّ أَنَّهُ يَحِلُّ الشِّبَعُ إِذَا كَانَ في بَادِيَةٍ، وَعَلِمَ أَنَّهُ لاَ يَسْتَقِلُّ بِالمَشْيِ بِسَدِّ الرَّمَقِ وَيَهْلِكُ، وَلاَ شَكَّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ يَتَوَقَّعُ مُبَاحاً قَبْلَ رُجُوعِ الضَّرُورَةِ، تَعَيَّنَ سَدُّ الرَّمَقِ وَحَرُمَ الشِّبَعُ، وَأَمَّا جِنْسُ المُسْتَبَاحِ فَكُلُّ مَا لاَ يُؤَدِّي إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ، فَتَحِلُّ (و) الخَمْرُ لإِزَالَةِ العَطَشِ[٣] وَإِنْ لَمْ يَجُزْ (و) للتَّدَاوِي وَيَحِلُّ قَتْلُ الحَرْبِيِّ وَالمُرْتَدِّ، وَالزَّانِي [و][٤] المُحْصَنِ، وَالمَرْأَةِ (و) الحَرْبِيَّةِ، وَالصَّبِيِّ الحَرْبِيِّ، وَلاَ يَحِلُّ قَتْلُ الذِّمِّيِّ، وَالمُعَاهَدِ، وَالعَبْدِ، وَالوَلَدِ.

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ) في جَوَازِ قَطْعِ فِلْذَةٍ مِنَ الفَخِذِ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الخَوْفُ فِيهِ (ح) كَالخَوْفِ في الجُوعِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ فَخِذِ غَيْرِهِ أَصْلاً.

(الثَّانِي): إِذَا ظَفِرَ بِطَعَامِ مَنْ لَيْسَ مُضْطَراً، فَيَطْلُبُهُ مِنْهُ، فَإِنْ مَنَعَهُ، غَصَبَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ، جَازَ لَهُ قَتْلُ المَالِكِ في الدَّفْعِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِثَمَنِ المِثْلِ، لَزِمَهُ (و) شِرَاؤُهُ، وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ، فَاشْتَرَاهُ لِلضَّرُورَةِ فَهُوَ كَشِرَاءِ المُصَادِرِ، وَالمَالِكُ لَوْ أَوْجَرَ المُضْطَرَّ طَعَامَهُ قَهْراً، فَفِي ٱسْتِحْقَاقِ القِيمَةِ

---

(١) قال الرافعي: «وكالجلالة التي تأكل العذرة فهو حرام» هذا وجه في الجلاّلة، وقال الأكثرون: النهي فيها نهي تنزيه. [ت]

(٢) سقط من ب.

(٣) قال الرافعي: «ويحل الخمر لإزالة العطش» هذا مكرر، وقد سبق ما فيه. [ت]
وقال أيضاً: «ويحل الخمر لإزالة العطش وإن لم يجز للتداوي» الصورتان مذكورتان في الحدود. [ت]

(٤) سقط من ب.

عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ) إِذَا وَجَدَ مَيْتَةً وَطَعَامَ الغَيْرِ، قِيلَ: المَيْتَةُ أَوْلَىٰ، وَقِيلَ: الطَّعَامُ أَوْلَىٰ وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ؛ وَكَذَا الخِلاَفُ (و) لَوْ وَجَدَ المُحْرِمُ الصَّيْدَ وَالمَيْتَةَ، وَلَوْ وَجَدَ لَحْمَ الصَّيْدِ فَهُوَ أَوْلَىٰ مِنَ المَيْتَةِ؛ لأَنَّ تَحْرِيمَهُ خَاصٌّ[1].

(١) قال الرافعي: «ولو وجد لحم الصيد فهو أولى من الميتة،، لأن تحريمه خاص» هذا وجه، والأرجح أنه يتخير بينهما. [ت]

(كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ، وَفِيهِ بَابَانِ)

(البَابُ الأَوَّلُ في السَّبْقِ)

وَيَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ لِلسَّابِقِ بِالخَيْلِ، أَوِ المُصِيبِ في النِّضَالِ مَالٌ؛ لِيَكُونَ ذَلِكَ تَرْغِيباً فِي إِعْدَادِ أَسْبَابِ القِتَالِ، وَالنَّظَرُ في شُرُوطِ العَقْدِ وَأَحْكَامِهِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ) فَهِيَ سِتَّةٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَعْقِدَ عَلَىٰ عُدَّةِ القِتَالِ (و) وَأَصْلُهُ مِنَ الحَيَوَانِ الخَيْلُ وَفِي الخَبرِ« لاَ سَبَقَ إِلاَّ فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ[1]»، والمُرَادُ بِالخُفِّ: الإِبِلُ، وَالفِيلُ في مَعْنَاهُ، لأَنَّهُ أَغْنَى مِنْهُ في القِتَالِ، وَلاَ

---

(١) قال الرافعي: «وفي الخبر: لا سَبَقَ إلاَّ في خُفٍّ أَو حَافرٍ أو نصْلٍ»

روى الشافعي عن ابن أبي فُدَيْك عن ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال:« «لا سَبَقَ إلاَّ في نَصْلٍ أو حافرٍ أو خُفٍّ» وأيضاً عن ابن أبي ذئب عن عَبَّاد بن أبي صالحٍ عن أبيه عن أبي هُرَيْرة أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: « لا سَبْق إلاَّ في حَافر أو خُفّ» [ت]

والحديث أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩) كتاب الجهاد، باب في السبق، حديث (٢٥٧٤). والترمذي (٤/ ١٧٨) كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق حديث (١٧٠٠). والنسائي (٦/ ٢٢٦) كتاب الخيل، باب السبق حديث (٣٥٨٥). وأحمد (٢/ ٤٧٤). والشافعي (٢/ ١٢٨) كتاب الجهاد حديث (٤٢٢) وابن حبان (١٦٣٨ ـ موارد). والطبراني في «الصغير» (١/ ٢٥). والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي، باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل. والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٥٣٥ ـ بتحقيقنا). من طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة به وقال الترمذي: حديث حسن وأقره البغوي وصححه ابن حبان.

وأخرجه الشافعي (٢/ ١٢٩) كتاب الجهاد حديث (٤٢٣)، والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي، باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل من طريق ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب عن عباد بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به بلفظ: لا سبق إلا في حافر أو خف.

وأخرجه النسائي (٦/ ٢٢٧) كتاب الخيل، باب السبق. وابن ماجه (٢/ ٩٦٠) كتاب الجهاد، باب السبق والرهان حديث (٢٨٧٨). وأحمد (٢/ ٢٥٦، ٣٨٥، ٤٢٥). والبيهقي (١٠/ ١٦) كتاب السبق والرمي، باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، من طريق محمد بن عمرو عن أبي الحكم مولى الليثيين عن أبي هريرة.

وأخرجه أحمد (٢/ ٣٥٨). من طريق أبي صالح عن أبي هريرة وفي الباب عن ابن عباس وابن عمر.

ـ حديث ابن عباس

أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٠/ ٣٨٢) رقم (١٠٧٦٤). من طريق عبد الله بن هارون الفروي ثنا قدامة عن مخرمة بن بكير عن أبيه عن عطاء عن ابن عباس قال: لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل.

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٢٦٦) وقال: وفيه عبد الله بن هارون الفروي وهو =

يُلْحَقُ بِهِ البَغْلُ وَالحِمَارُ[1]، وَأَمَّا النَّصلُ فَفِي مَعْنَاهُ المَزَارِيقُ وَالزَّانَاتُ (و) وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الرَّمْيِ عَلَى اخْتِلاَفِ القِسِيِّ، وَالسِّهَامُ يَدْخُلُ فِيهِ الرَّمْيُ بِالمَسَلاَّتِ وَالإِبَرِ، وَفِي التَّرَامِي بِالْحِجَارَةِ وَبِالْمَقَالِعِ وَالتَّرَدُّدِ بِالسُّيُوفِ خِلاَفٌ، وَكَذَا فِي مُسَابَقَةِ الطُّيُورِ وَالحَمَامَاتِ لِنَقْلِ الأَخْبَارِ، وَالظَّاهِرُ مَنْعُهُ.

(الثَّانِي: الإِعْلاَمُ) وَلاَ بُدَّ مِنْ إِعْلاَمِ المَوْقِفِ وَالغَايَةِ وَالتَّسَاوِي فِيهِمَا، وَلَوْ شُرِطَ لأَحَدِهِمَا تَقَدُّمُ الغَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ شُرِطَ لِلسَّابِقِ حَيْثُ يَسْبِقُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الغَايَةِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ عَيَّنَ الغَايَةَ وَلَكِنْ شَرَطَ المَالَ، لِمَنْ يَسْبِقُ فِي وَسَطِ المَيْدَانِ حَيْثُ كَانَ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا كَانُوا جَمَاعَةً فَفِي شَرْطِ المَالِ لِلمُصَلِّي، أَعْنِي: التَّالِي لِلسَّابِقِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:[2]

(أَحَدُهَا): الجَوَازُ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحَذُّقِ فِي ضَبْطِ الفَرَسِ.

(والثَّانِي): لاَ؛ لأَنَّ السَّبَقَ هُوَ المَقْصُودُ.

(الثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ لَهُ شَيْئاً، بِشَرْطِ أَنْ يَفْصِلَ السَّابِقُ، وَكَذَلِكَ لِجَمِيعِهِمْ عَلَى التَّرْتِيبِ، أَما الفِسْكِلُ وَهُوَ الأَخِيرُ، فَلاَ يُخَصُّ بِفَضْلٍ، وَهَلْ يَشْتَرِكُ فِي الحَقِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مُحَلِّلٌ وَهُوَ لاَ يُغَرَّمُ إِنْ سُبِقَ، وَيَغْنَمُ إِنْ سَبَقَ، فَلَوْ شَرَطَ الإِمَامُ أَوْ وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ لِلسَّابِقِ مَالاً، جَازَ، وَلَوْ أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَسَابِقِينَ مَالاً، لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ شَرَطَ المَالَ لَهُ إِنْ سَبَقَ، وَإِنْ لَم يَسْبِقْ، أَحْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالَهُ وَلاَ شَيْءَ لَهُمْ عَلَى المُحَلِّلِ، وَإِنْ شَرَطَ المَالَ لِلمُتَسَابِقِينَ أَيْضاً، فَقَوْلاَنِ[3] يُعَبَّرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ المُحَلِّلَ يُحَلِّلُ لِنَفْسِهِ فَقَطْ، أَمْ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا، جَازَ أَنْ يَكُونَ فِي المِائَةِ مُحَلِّلٌ وَاحِدٌ يَأْخُذُ الكُلَّ إِنْ سَبَقَ، وَلاَ يُغَرَّمُ إِنْ تَخَلَّفَ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ البَاقِينَ يَغْنَمُ وَيَغرمُ، فَعَلَىٰ هَذَا إِنْ تَلاَحَقُوا وَالمُحَلِّلُ سَابِقٌ، أَخَذَ مَالَ

= ضعيف.

وحديث ابن عمر

أخرجه ابن حبان (٧/ ٩٦ ـ الاحسان) رقم (٤٦٧٠). من طريق عاصم بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وجعل بينهما سبقاً وجعل بينهما محللاً وقال: «لا سبق إلا في حافر أو نصل».

ومن طريق عاصم رواه ابن أبي عاصم في الجهاد كما في «التلخيص» (٤/ ١٦٣ ـ ١٦٤) وقال الحافظ: وعاصم هذا ضعيف واضطرب فيه رأي ابن حبان فصحح حديثه تارة وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به وقال في الثقات يخطىء ويخالف.

(١) قال الرافعي: «ولا يلحق به البغل والحمار» هذا وجه، والأظهر عند أكثرهم إلحاقهما بالخيل إذا كانوا جماعة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ففي شرط المال للمصلي أعني التالي للسابق ثلاثة أوجه إلى آخرها» الأظهر وجه رابع لم يذكره، وهو أنه يجوز أن يشرط له شيء بشرط أن يفصل السابق. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن شرط المال للمتسابقين أيضاً فقولان» قيل وجهان وقال الأكثرون: المنصوص الجواز وفيه وجه. [ت]

المُصَلِّي وَالفسكُلِ، جَمِيعاً، وَقِيلَ: المُصَلِّي يَأْخُذُ نِصْفَ مَالِ الفَسْكُلِ؛ لأَنَّهُ سَبَقَهُ أَيْضاً، وَإِن سَبَقَ المُحَلِّلُ وَتَسَاوَقَا بَعْدَهُ، أَخَذَ المُحَلِّلُ مَالَهُمَا، وَإِنْ سَبَقَ المُحَلِّلُ مَعَ أَحَدِهِمَا، فَمَالُ الفَسْكُلِ لَهُمَا.

(الخَامِسُ) أَنْ يَكُونَ سَبْقُ كُلِّ وَاحِدٍ مُمْكِناً، فَإِنْ ظَهَرَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الفَرَسَيْنِ بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّ السَّابِقَ أَحَدُهُمَا، بَطَلَ العَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مُمْكِناً عَلَى النُّدُورِ فَوَجْهَانِ (م)، وَيَجُوزُ بَيْنَ فَرَسَيْنِ مُخْتَلِفِي النَّوْعِ، وَبَيْنَ الإِبِلِ وَالفَرَسِ وَجْهَانِ.

(السَّادِسُ) تَعْيِينُ الفَرَسَيْنِ وَإِحْضَارُهُمَا، أَمَّا العَقْدُ عَلَى فَرَسَيْنِ بِالوَصْفِ، ثُمَّ الإِحْضَارُ لاَ يَجُوزُ عَلَى الأَصَحِّ[(١)] ثُمَّ الفَرَسُ لاَ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ إِذَا عُيِّنَ، ثُمَّ ٱلاعْتِمَادُ فِي السَّبْقِ عَلَى الأَقْدَامِ[(٢)]، إِذِ العُنُقُ قَدْ تَمْتَدُّ وَقَدْ تَقْصُرُ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ هَذِهِ المُعَامَلَةِ) وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلٍ كَالجَعَالَةِ، وَلاَزِمَةٌ فِي قَوْلٍ كَالإِجَارَةِ، وَقِيلَ: الذي يَغْنَمُ وَلاَ يَغْرَمُ جَائِزٌ فِي حَقِّهِ قَوْلاً وَاحِداً[(٣)]، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ الجَوَازِ لاَ يُشْتَرَطُ القَبُولُ بِالقَوْلِ، وَفِي ضَمَانِ السَّبْقِ وَالرَّهْنِ بِهِ خِلاَفٌ (و) كَمَا فِي الجَعَالَةِ، وَعَلَى قَوْلِ اللُّزُومِ يَجِبُ (و) البِدَايَةُ بِالعَمَلِ لاَ بِتَسْلِيمِ السَّبْقِ، وَيَجُوزُ(و) ضَمَانُهُ وَالرَّهْنُ بِهِ، فَإِنْ فَسَدَتِ المُعَامَلَةُ بِكَوْنِ العِوَضِ خَمْراً، رَجَعَ إِلَى أُجْرَةِ مِثْلِ عَمَلِهِ فِي جَمِيعِ رَكْضِهِ، لاَ فِي قَدْرِ السَّبْقِ، وَإِنْ كَانَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ يَرْجِعُ إِلَى قِيمَةِ السَّبْقِ أَوْ أَجْرِ المِثْلِ، فِيهِ قَوْلاَنِ؛ كَمَا فِي الصَّدَاقِ، وَقِيلَ: هَاهُنَا يَرْجِعُ قَطْعاً إِلَى أَجْرِ المِثْلِ كَالقِرَاضِ.

(ٱلْبَابُ الثَّانِي فِي ٱلرَّمْيِ)

وَالنَّظَرُ فِي الشُّرُوطِ وَالحُكْمِ:

(أَمَّا الشُّرُوطُ)، فَسِتَّةٌ:

(الأَوَّلُ المُحَلِّلُ)، كَمَا ذَكَرْنَاهُ، فَلَوْ كَانُوا حِزْبَيْنِ، وَلَيْسَ فِي جُمْلَتِهِمْ إِلاَّ شَخْصٌ وَاحِدٌ شَرَطَ أَنْ يَغْنَمَ، وَلاَ يَغْرَمَ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ، مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْنَمُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، دُونَ جَمِيعِ المَالِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ المُحَلِّلَ يُحَلِّلُ لِغَيْرِهِ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ يَغْنَمُ جَمِيعَ المَالِ[(٤)].

---

(١) قال الرافعي: «أما العقد على فرسين بالوصف، ثم الإحضار لا يجوز على الأصح» الأوجه وبه قال العراقيون الجواز. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ثم الاعتماد في السبق على الإقدام» الذي يوجد لعامة الأصحاب أن في الخيل يعتبر العنق، وفي الإبل الكَتَد، وهو مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وهي جائزة في قول كالجعالة... إلى قوله قولاً واحداً» سياق الكتاب ليشعر بترجيح الطريقة الطاردة للقولين، والثانية أظهر.[ت]

(٤) قال الرافعي: «لأنه ليس يغنم جميع المال» كالتأكيد والإيضاح وفي قوله من قبل« مع أنه إنما يغنم بقدر حصّته دون جميع المال» غنية عنه. [ت]

(الثَّاني: اتّحادُ الْجنسِ وتَعْيينُهُ)، فَلَوْ عَيَّنَ جِنْسَيْنِ؛ كَالمِزْرَاقِ وَالرَّمْيِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ كَالإِبِلِ وَالفَرَسِ، وَهَذَا بِالجَوَازِ أَوْلَىٰ؛ لأَنَّ الآلَةَ هَـٰهُنَا لاَ عَمَلَ لَهَا.

وَأَمَّا الاخْتِلاَفُ في أَنْوَاعِ القِسِيِّ، فَلاَ يُؤَثِّرُ لَكِنْ لَوْ عَيَّنَ، لَمْ يُبَدِّلِ القَوْسَ الْعَرَبِيَّ بِالفَارِسِيِّ؛ لأَنَّ الفَارِسِيَّ أَجْوَدُ، وَلَوْ أَبْدَلَ الفَارِسِيَّ بِالعَرَبِيِّ، فَوَجْهَانِ، وَيَجُوزُ تَبْدِيلُ القَوْسِ بِمِثْلِهِ؛ بِخِلاَفِ الفَرَسِ، وَلَوْ شَرَطَ أَلاَّ يُبْدَلَ، فَفِي صِحَّةِ الشَّرْطِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَفْسَدْنَا، فَفِي فَسَادِ العَقْدِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ فَاسِدٍ يُسْتَغْنَىٰ عَنْ جِنْسِهِ، فَإِنْ صَحَّحْنَا، جَازَ الإِبْدَالُ، إِذَا انْكَسَرَ، فَإِنْ شَرَطَ أَلاَّ يُبْدَلَ، فَإِنِ انْكَسَرَ، فَهَذَا يُفْسِدُ العَقْدَ، أَمَّا إِذَا أَطْلَقَ، وَلَمْ يُعَيِّنْ جِنْسَ مَا فِيهِ الرَّمْيُ، نُزِّلَ عَلَى الأَغْلَبِ في الْعَادَةِ، فَإِنِ اخْتَلَفَتِ العَادَةُ، فَسَدَ؛ في وَجْهٍ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ، إِنْ تَطَابَقَا عَلَىٰ شَيْءٍ، تَمَّ، وَإِلاَّ فَسَدَ (و).

(الثَّالِثُ): أَنْ تَكُونَ الإِصَابَةُ المَشْرُوطَةُ مُمْكِنَةً، لاَ مُمْتَنِعَةً، وَلاَ وَاجِبَةً، وَالمُمْتَنِعُ إِصَابَةُ مِائَةٍ عَلَى التَّوَالِي، وَهَذَا فَاسِدٌ (و)، وَالوَاجِبُ إِصَابَةُ الحَاذِقِ وَاحِداً مِنْ مِائَةٍ، وَهَذَا يَصِحُّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَفَائِدَتُهُ التَّعَلُّمُ، وَأَمَّا المُمْكِنُ عَلَىٰ نُدُورٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ[1]، وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلٌ، عُلِمَ قَطْعاً؛ أَنَّهُ لاَ يُفْلِحُ، فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ، وَإِنْ عُلِمَ قَطْعاً؛ أَنَّ المُحَلِّلَ يَفُوزُ، فَعَلَى الوَجْهَيْنِ.

(الرَّابِعُ: الإِعْلاَمُ)، وَيَجِبُ إِعْلاَمُ مِقْدَارِ المَالِ وَعَدَدِ الإِصَابَةِ، وَأَمَّا المَسَافَةُ بَيْنَ المَوْقِفِ وَالهَدَفِ، وَعَرْضُ الهَدَفِ وَقَدْرُ ارْتِفَاعِهِ مِنَ الأَرْضِ، فَفِي اشْتِرَاطِ إِعْلاَمِهِ قَوْلاَنِ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ.

وَفِي قَوْلٍ: يُنَزَّلُ عَلَى العَادَةِ.

أَمَّا عَدَدُ الأَرْشَاقِ[2]؛ وَهُوَ نَوْبَةُ الرَّمْيِ، فَيَجِبُ ذِكْرُهُ في المُحَاطَّةِ، وَهِيَ أَنْ يُشْتَرَطَ خُلُوصُ عَشْرِ إِصَابَاتٍ مِنْ مِائَةٍ أَوْ خَمْسِينَ مَثَلاً، أَمَّا فِي المُبَادَرَةِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ المَالُ شَرْطاً لِمَنْ سَبَقَ إِلَىٰ عَشَرَةٍ، فَفِي اشْتِرَاطِ ذِكْرِ عَدَدِ الأَرْشَاقِ قَوْلاَنِ، وَكَذَلِكَ في تَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْبِدَايَةُ فِي الرَّمْيِ قَوْلاَنِ:

(وأَحَدُهُمَا): أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُذْكَرْ، فَسَدَ، وَهُوَ القِيَاسُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّ البِدَايَةَ لِلْمَسْبُوقِ، وَهُوَ العَادَةُ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: يُقْرَعُ، ثُمَّ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ، هَلْ لَهُ الْبِدَايَةُ في كُلِّ رِشْقٍ، أَمْ يَخْتَصُّ حُكْمُهَا بِالنَّوْبَةِ الأُولَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): في صِحَّةِ العَقْدِ عَلَى التُّرْتَابِ[3]، وَمَقْصُودِ الإِبْعَادِ دُونَ الإِصَابَةِ وَجْهَانِ، وَالأَصَحُّ الجَوَازُ.

---

(١) قال الرافعي: «وأما الممكن على الندور ففيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وأما عدد الإرشاق إلى آخره» قيل: الخلاف في المسألة وجه. [ت]

(٣) التُّرتاب: الشيء المقيم الثابت. تاج العروس ٢/ ٤٨١.

(الخَامِسُ): أَنْ يُرَدَّ العَقْدُ عَلَىٰ رُمَاةٍ مُعَيَّنِينَ، وَلاَ يَجُوزُ إِيرَادُهُ عَلَى الذِّمَّةِ، وَيَجُوزُ بَيْنَ حِزْبَيْنِ، وَٱلانتِقَادُ يَكُونُ بِالتَّرَاضِي، لاَ بِالقُرْعَةِ الَّتِي قَدْ تَجُورُ؛ فَتَجْمَعُ الْخَرَقَ فِي جَانِبٍ، وَلَوْ تَرَامَىٰ عَرَبِيَّانِ وَتَعَاقَدَا، صَحَّ إِلاَّ أَنْ يَظْهَرَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَخْرَقُ يَسْتَحِيلُ مُقَاوَمَتُهُ لِلآخرِ؛ فَيَتَبَيَّنُ بُطْلاَنُ العَقْدِ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ، وَلاَ يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي عَدَدِ الحِزْبَيْنِ، بَلْ فِي عَدَدِ الرَّمْيَاتِ، فَيَرْمِي وَاحِدٌ ثَلاَثَةً، وَلَكِنْ يَرْمِي هُوَ ثَلاَثَةً، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَرْمِي وَاحِدَةً، ثُمَّ السَّبَقُ يُوَزَّعُ عَلَىٰ عَدَدِ (و) رُءُوسِ الْحِزْبِ لاَ عَلَىٰ عَدَدِ الإِصَابَةِ، إِلاَّ أَنْ يُشْتَرَطَ التَّوْزِيعُ عَلَى الإِصَابَةِ.

(السَّادِسُ): تَعْيِينُ المَوْقِفِ شَرْطٌ مَعَ التَّسَاوِي، فَلَوْ شُرِطَ لِوَاحِدٍ تَقَدُّمٌ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ تَنَافَسُوا فِي الوُقُوفِ فِي الوَسَطِ، فَهُوَ كَالتَّنَافُسِ فِي البِدَايَةِ، وَلَوْ رَضُوا بَعْدَ العَقْدِ بِتَقَدُّمِ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ، وكَأَنَّهُمْ حَطُّوا عَنْهُ رَمْيَةً، وَلَوْ رَضُوا بِتَأَخُّرِهِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَطُّوا عَنْ وَاحِدٍ، إِصَابَةً وَاحِدَةً، لَمْ يَجُزْ، وَلَكِنْ لَوْ تَطَابَقُوا عَلَى التَّقَدُّمِ بِأَجْمَعِهِمْ، أَوْ عَلَىٰ تَعْيِينِ عَدَدِ الأَرْشَاقِ، فَهَذَا كَإِلْحَاقِ زِيَادَةٍ بِالعَقْدِ، وَيَجُوزُ عَلَىٰ قَوْلِ الجَوَازِ دُونَ اللُّزُومِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ العَقْدِ)، وَهُوَ الوَفَاءُ بِالشَّرْطِ لَكِنْ لِلشَّرْطِ صُوَرٌ:

(الأُولَىٰ): أَنْ يُشْتَرَطَ القُرْعَاتُ، فَإِذَا قَرَعَ، ٱسْتَحَقَّ، وَإِنْ لَمْ يَخْرِقْ، وَلاَ يَكْفِي القَرْعُ بِفُوْقِ السَّهْمِ وَعَرْضِهِ، وَإِنِ ٱنْصَدَمَ بِجِدَارٍ أَوْ شَجَرٍ أَوِ الأَرْضِ، ثُمَّ أَصَابَ، لَمْ يَسْتَحِقَّ فِي عَادَةِ الرُّمَاةِ، وَلِلفُقَهَاءِ فِيهِ خِلاَفٌ.

(الثَّانِيَةُ): شَرْطُ الخَوَاسِقِ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرِقُ، فَإِنْ خَرَقَ وَمَزَّقَ، فَقَدْ زَادَ فَيَسْتَحِقُّ.

وَقِيلَ(و): يُشْتَرَطُ الثُّبُوتُ، وَإِنْ خَرَقَ طَرَفَ الهَدَفِ، وَحَصَلَ فِيهِ جَمِيعُ جِرْمِ النَّصْلِ، ٱسْتَحَقَّ (و)، وَإِنْ حَصَلَ بَعْضُهُ، فَوَجْهَانِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي ثُقْبَةٍ قَدِيمَةٍ، وَثَبَتَ، فَوَجْهَانِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شُرِطَ لِمَنْ يَسْبِقُ إِلَىٰ عَشَرَةٍ مِنْ مِائَةٍ، فَسَبَقَ إِلَيْهِ مِنْ خَمْسِينَ، ٱسْتَحَقَّ، وَفِي لُزُومِ إِتْمَامِ العَمَلِ لِلتَّعْلِيمِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَتْ مُحَاطَّةً، وَخَلُصَ لَهُ عَشَرَةٌ مِنْ خَمْسِينَ، فَفِي لُزُومِ الإِتْمَامِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِاللُّزُومِ؛ إِذِ الحَطُّ فِي البَاقِي مُنْتَظَرٌ، وَالخِلاَفُ رَاجِعٌ إِلَىٰ أَنَّ الحَطَّ بَعْدَ الكَمَالِ، هَلْ يُؤَثِّرُ؟ وَإِنْ تَمَّتْ عَشَرَتُهُ فِي آخِرِ الخَمْسِينَ، وَلِلآخرِ تِسْعَةٌ مِنْ تِسْعٍ وَأَرْبَعِينَ، فَإِنْ أَصَابَ فِي آخِرِ الخَمْسِينَ، فَقَدْ تَسَاوَيَا، وَلاَ سَبَقَ، وَإِنْ أَخْطَأَ، ٱسْتَحَقَّ الآخَرُ مَالَهُ.

وَلَوْ قَالَ لِرَامٍ: ٱرْمِ خَمْسَةً عَنِّي، وَخَمْسَةً عَنْ نَفْسِكَ، فَإِنْ أَصَبْتَ فِي خَمْسَتِكَ، فَلَكَ دِينَارٌ، لَمْ يَجُزْ.

وَلَوْ قَالَ: ٱرْمِ؛ فَإِنْ كَانَ إِصَابَتُكَ أَكْثَرَ مِنَ العَشَرَةِ، فَلَكَ دِينَارٌ، جَازَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا شُرِطَ ٱحْتِسَابُ القَرِيبِ، وَذُكِرَ حَدُّ القُرْبِ، جَازَ، وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ، وَلَمْ يَكُنْ عَادَةٌ، فَسَدَ.

وَقِيلَ: يُنَزَّلُ عَلَى أَنَّ الأَقْرَبَ يُسْقِطُ الأَبْعَدَ، كَيْفَ كَانَ.

أَمَّا إِذَا تَشَارَطُوا صَرِيحاً إِسْقَاطَ الأَقْرَبِ لِلقَرِيبِ، فَهُوَ مُتَّبعٌ، وَإِنْ شَرَطُوا إِسْقَاطَ مَرْكَزِ القِرْطَاسِ وَمَا حَوَالَيْهِ، فَوَجْهَانِ[1] لأَنَّ إِسْقَاطَ المَرْكَزِ كَالمُتَعَذِّرِ.

(الخَامِسَةُ): فِي جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ، إِذَا عَرَضَتْ نَكْبَةٌ مِنْ بَهِيمَةٍ تَعْتَرِضُ، أَوْ سَهْمٍ أَوْ قَوْسٍ يَنْكَسِرُ، فَيُعَذَّرُ صَاحِبُهُ، حَتَّى لاَ يُحْتَسَبَ (و) عَلَيْهِ تِلْكَ المَرَّةُ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱلانْكِسَارُ لِسُوءِ صَنِيعِهِ فَيُحْسَبُ عَلَيْهِ، لِيَتَعَلَّمَ، وَلَوْ أَصَابَ بَهِيمَةً، فَمَرَقَ، وَأَصَابَ الهَدَفَ، فَيُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنِ ٱنْصَدَمَ بِشَجَرٍ، ثُمَّ وَقَعَ عَلَىٰ قُرْبٍ، حُسِبَ عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِنْ أَصَابَ، فَهَلْ يُحْسَبُ لَهُ؛ عَلَى وَجْهَيْنِ، إِذْ قَدْ يُحْمَلُ عَلَىٰ وِفَاقٍ، وَالرِّيحُ اللَّيِّنَةُ لاَ تُؤَثِّرُ (و) وَالعَاصِفُ المَقْرُونُ بِٱبْتِدَاءِ الرَّمْيِ، لاَ يُؤَثِّرُ (و) وَفِي أَثْنَائِهِ، هَلْ يُعْذَرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَإِنِ ٱنْكَسَرَ السَّهْمُ بِنِصْفَيْنِ، فَأَصَابَ بِالمُنْقَطِعِ الَّذِي فِيهِ الفُوْقُ، حُسِبَ، وَإِنْ أَصَابَ بِالنَّصْلِ مِنَ النِّصْفِ الأَخِيرِ، فَوَجْهَانِ، وَأَمَّا حُكْمُ هَذَا العَقْدِ، إِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ، فَيَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الرَّامِي، وَبِمَوْتِ الفَرَسِ، وَلَوْ مَاتَ الفَارِسُ، فَلِلوَارِثِ الإِتْمَامُ، وَيُحْتَمَلُ (و) خِلاَفُهُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالجَوَازِ، جَازَ إِلْحَاقُ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ بِعَدَدِ الأَرْشَاقِ وَالإِصَابَاتِ؛ بِالتَّرَاضِي، وَهَلْ يَجُوزُ ٱلاسْتِبْدَادُ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

يَجُوزُ فِي الثَّالِثِ لِلَّذِي قَرُبَ مِنْ أَنْ يَسْتَوْلِي دُونَ المَغْلُوبِ وَكَأَنَّ المَغْلُوبَ لَزِمَ فِي حَقِّهِ، أَعْنِي بِهِ مِنْ قُرْبٍ مِنْ أَنْ يُغْلَبَ، ثُمَّ إِذَا ٱنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ الآخَرُ، فَلَهُ فَسْخُ العَقْدِ، وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ عَلَى هَذَا القَوْلِ؛ إِذْ يَجُوزُ الإِعْرَاضُ أَصْلاً، وَلَوْ قَالَ المَفْضُولُ لِلفَاضِلِ: حُطَّ فَضْلَكَ، وَلَكَ كَذَا لَمْ يَجُزْ؛ عَلَى القَوْلَيْنِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو شرطوا إسقاط مركز القرطاس وما حواليه فوجهان» قيل: قولان. [ت]

(كِتَابُ الأَيمَانِ[1]، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ):

(اَلْبَابُ الأَوَّلُ: فِي نَفْسِ اليَمِينِ)

وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ تَحْقِيقِ مَا يَحتَمِلُ المُخَالَفَةَ بِذِكْرِ اَسْمِ اللهِ تَعَالَىٰ أَوْ صِفَتِهِ، مَاضِياً كَانَ أَوْ مُسْتَقْبَلاً، إِلاَّ فِي مَعْرِضِ اللَّغْوِ، وَالمُنَاشَدَةِ، فَيَجِبُ الكَفَّارَةُ فِي اليَمِينِ الغَمُوسِ، وَإِنْ كَانَ الفِعْلُ مَاضِياً، وَلاَ يَجِبُ فِي اللَّغْوِ، وَهُوَ قَوْلُ العَرَبِ: لا وَاللَّهِ، وَبَلَىٰ وَاللهِ، مِنْ غَيْرِ قَصْدِ تَحْقِيقٍ، وَلاَ يَجِبُ بِالمُنَاشَدَةِ، وَهُوَ أَنْ يُقْسِمَ غَيْرُهُ عَلَيْهِ، وَلاَ يَجِبُ إِذَا قَالَ عَقِيبَهُ: إِنْ شَاءَ اللهُ، وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: بِاللهِ، وَتَاللهِ (و)، وَوَاللهِ، فَالكُلُّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: اللهِ، لأَفْعَلَنَّ، كَانَ (و)يَمِيناً[2]، وَلَوْ قَالَ: اللهِ، لَمْ يَكُنْ (و) يَمِيناً، وَلَوْ حَلَفَ بِمَخْلُوقٍ، كَالنَّبِيِّ وَالكَعْبَةِ، أَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَأَنَا يَهُودِيٌّ، أَوْ بَرِيءٌ مِنَ اللهِ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ(م)، وَقَوْلُهُ: بِاللهِ، وَبِالرَّحْمَنِ، وبالخَالِقِ (و) وَالرَّازِقِ (و)، وَمَا يُطْلَقُ عَلَىٰ غَيْرِ اللهِ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِاللهِ، وَثِقْتُ بِاللَّهِ، ثُمَّ اَبْتَدَأْتُ؛ لأَفْعَلَنَّ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِرَاً[3]، وَفِي التَّدَيُّنِ خِلاَفٌ (و)، وَلَوْ قَالَ: بِالجَبَّارِ، وَالرَّحِيمِ (و)، وَالحَقِّ، والعَلِيمِ، وَالحَكِيمِ، وَمَا يُطْلَقُ عَلَىٰ غَيْرِ اللهِ أَيْضاً، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَحَقِّ اللهِ، وَحُرْمَةِ اللهِ[4].

وَلَوْ قَالَ: وَقُدْرَةِ اللهِ، وَعِلْمِهِ، وَكَلاَمِهِ، فَهُوَ كِنَايَةٌ (و)؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ إِذْ يُرَادُ بِالقُدْرَةِ

---

(١) الأيمان لغة: جمع يمين وهو القوة، وفي الصحاح اليمين القسم، والجمع الأيْمُن والأَيْمَان.
ينظر: الصحاح ٦/٢٢٢١، المصباح المنير ٢/١٠٥٧، والمغرب ٢/٣٩٩، لسان العرب ٣/٤٦٢ القاموس المحيط ٤/٢٨١.
اصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: عقد قوي به عزم الحالف على فعل شيء أو تركه.
وعرفه الشافعية بأنه: تحقيق غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً نفياً أو إثباتاً ممكناً أو ممتنعاً صادقة أو كاذبة على العلم بالحال أو الجهل به.
وعرفه المالكية بأنه: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته.
وعرفه الحنابلة بأنه: توكيد حكم أي: محلوف عليه بذكر معظم أو هو المحلوف به على وجه مخصوص.
انظر: تبيين الحقائق ٣/١٠٧، شرح فتح القدير ٤/٢، المحلى على المنهاج ٤/٣٧٠، حاشية الدسوقي ٢/١١٢، شرح منتهى الإرادات ٣/٤١٩.

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: الله لأفعلن كان يميناً» هذا وجه والأظهر أنه لا يكون يميناً إلاَّ بالنية. [ت]

(٣) قال الرافعي: «فلو قال: أردت بالله وثقت بالله ثم ابتدأت لأفعلن لم يقبل ظاهراً» روى الأكثرون أنه يقبل. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وكذا قوله: وحق الله، وحرمة الله» هذا وجه والأظهر أن كل واحد منهما يمين، وإن أطلق، وإنما ينصرفان عن اليمين إذا نوى بهما غير اليمين. [ت]

المَقْدُورُ، وَهَذَا الوَجْهُ في قَوْلِهِ: وَجَلاَلِ اللهِ، وَعَظَمَتِهِ، وَكِبْرِيَائِهِ أَبْعَدُ، وَلَوْ قَالَ: بِلَّهْ عَلَىٰ قَصْدِ التَّلْبِيسِ، وَهِيَ الرُّطُوبَةُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَإِنْ نَوَى اليَمِينَ ٱنْعَقَدَ، وَحُمِلَ حَذفُ الأَلِفِ عَلَى اللَّحْنِ، وَلَوْ قَالَ: بِالشَّيْءِ وَالمَوْجُودِ، وَأَرَادَ بِهِ الإِلَـٰهَ سُبْحَانَهُ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ (و)؛ وَكَذَا كُلُّ مَالاَ تَعْظِيمَ فِيهِ.

وَلَوْ قَالَ: أُقْسِمُ، أَوْ أَحْلِفُ بِاللهِ، أَوْ أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ، وَنَوَى الوَعْدَ أَوِ الإِخْبَارَ، قُبِلَ، وَمُطْلَقُهُ يُنَزَّلُ عَلَى اليَمِينِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ[1]؛ وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَشْهَدُ[2]، وَفِي لُزُومِ الكَفَّارَةِ بِهِ عَلَى المُلاَعِنِ وَجْهَانِ؛ كَمَا في الإِيلاَءِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَآيْمُ اللهِ[3].

وَقِيلَ: إِنَّهُ صَرِيحٌ.

وَقولُهُ: لَعَمْرُ اللهِ كِنَايَةٌ، عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(فَرْعٌ): إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلاَةٌ، لَزِمَهُ الوَفَاءُ، عَلَىٰ قَوْلٍ (و)؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي، أَوْ ذَكَرَ حُصُولَ نِعْمَةٍ، أَوْ دَفْعَ بَلِيَّةٍ.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ(ح)، يَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ؛ لأَنَّ مَقْصُودَهُ المَنْعُ، وَيَجْرِي في كُلِّ مَا يُقْصَدُ ٱمْتِنَاعُهُ.

وَعَلىٰ قَوْلٍ (و): يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الوَفَاءِ (ح) وَالكَفَّارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ، فَعَلَيَّ نَذْرٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: عَلَيَّ عِبَادَةٌ، إِنْ أَوْجَبْنَا الوَفَاءَ، وَعَلَيْهِ تَعْيِينُ عِبَادَةٍ، يَلْزَمُ مِثْلُهَا بِالنَّذْرِ، وَإِنْ فَرَّعْنَا عَلَى القَوْلِ الآخَرِ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: فَعَلَيَّ يَمِينٌ، فَهُوَ لَغْوٌ.

وَقِيلَ: عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ.

وَلَوْ قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ، فَهُوَ لَغْوٌ.

وَقِيلَ: هُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ.

وَقِيلَ: هُوَ كَجَعْلِ الشَّاةِ ضَحِيَّةً، فَتَصِيرُ صَدَقَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَغْوٌ.

(البَابُ الثَّانِي: في الكَفَّارَةِ)

(وَالنَّظَرُ في السَّبَبِ، وَالكَيْفِيَّةِ، وَالمُلْتَزِمِ)، أَمَّا السَّبَبُ، فَهُوَ اليَمِينُ (ح)، وَلَكِنْ يُوجِبُ عِنْدَ الحِنْثِ[4]، وَفَائِدَتُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا (ح) بَعْدَ اليَمِينِ عَلَى الحِنْثِ إِلاَّ إِذَا كَانَتِ الكَفَّارَةُ صَوْماً، أَوْ كَانَ الحِنْثُ مَحْظُوراً، فَفِيهِمَا وَجْهَانِ، وَيَجُوزُ كَفَّارَةُ القَتْلِ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ، وَكَفَّارَةُ الظِّهَارِ بَيْنَ

---

(١) قال الرافعي: «ومطلقه ينزل على اليمين على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]
(٢) قال الرافعي: «وكذلك قوله: أشهد بالله» الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]
(٣) قال الرافعي: «وكذلك قوله: «وأيم الله» » الأظهر أنه ليس بيمين عند الإطلاق. [ت]
(٤) قال الرافعي: «أما السبب فهو اليمين، ولكن يوجب عند الحنث» هذا وجه، والأظهر أن سبب الكفارة اليمين والحنث جميعاً. [ت]

الظِّهَارِ والعَوْدِ، وَٱلحِنْثُ لاَ يَحْرُمُ بِاليَمِينِ، لَكِنَّ الأَوْلَى أَلاَّ يَحْنَثَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْخَيْرُ في الحِنْثِ.

وَقِيلَ: الأَوْلَىٰ أَنْ يَحْنَثَ.

وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في الكَفَّارَةِ)، وَهُوَ عِتْقُ رَقَبَةٍ، أَوْ إِطْعَامُ عَشَرَةِ أَمْدَادٍ لِعَشَرَةِ مَسَاكِينَ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ، فَإِنْ عَجَزَ، فَصَوْمُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، وَلاَ يَجِبُ (ح) التَّتَابُعُ، وَيَكْفِي في الْكُسْوَةِ ثَوْبٌ وَاحِدٌ؛ إِزَارٌ، أَوْ سَرَاوِيلُ(ح م و)، أَوْ قَمِيصٌ (ح م و)، وَيَكْفِي مَا يُوَارِي الرَّضِيعَ، إِذَا أَخَذَ الوَلِيُّ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ القَدْرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يُشْتَرطُ المَخِيطُ، وَلاَ الجَدِيدُ، بَلْ يُجْزِىءُ المُسْتَعْمَلُ، إِلاَّ إِذَا تَخَرَّقَ بِٱلاسْتِعْمَالِ، أَوْ قَارَبَ ٱلانمِحَاقَ، وَيَجُوزُ مِنَ الصُّوفِ وَالْكَتَّانِ وَالْكِرْبَاسِ وَالإِبْرَيْسَمِ، وَفِي الدِّرْعِ وَجْهَانِ، وَفِي الشَّمْشَقِ وَالقَلَنْسُوَةِ وَالخُفِّ وَجْهَانِ، فَالظَّاهِرُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ أَنَّ النَّعْلَ كَالشَّمْشَقِ، لاَ كَالمِنْطَقَةِ؛ فَإِنَّهَا لاَ تُجْزِىءُ.

(النَّظَرُ الثَّالِثُ: فِي المُلْتَزِمِ)، وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ حَنِثَ، حُرّاً كَانَ أَوْ عَبْداً، مُسْلِماً كَانَ أَوْ كَافِراً (ح)، بَقِيَ حَيّاً أَوْ مَاتَ (ح)، لَكِنَّ العَبْدَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ الصَّوْمُ؛ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ بالتَّمْلِيْكِ (و)، وَلِلسَّيِّدِ المَنْعُ مِنْهُ؛ لأَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ قَوِيّاً؛ بِحَيْثُ لاَ تَمْتَنِعُ الخِدْمَةُ، وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ، وَيَكْسُوَ بَعْدَ مَوْتِهِ، إِذْ لاَ رِقَّ بَعْدَ المَوْتِ، وَفِي الإِعْتَاقِ عَنْهُ وَجْهَانِ.

وَالمَيِّتُ يُعْتِقُ عَنْهُ وَارِثُهُ مِنْ مَالِهِ في الكَفَّارَةِ المُرَتَّبَةِ، وَفِي المُخَيَّرِ يُطْعِمُ وَيَكْسُو، وَفِي الإِعْتَاقِ وَجْهَانِ، وَالأَجْنَبِيُّ لاَ يُعْتِقُ (و) عَنْهُ مُتَبَرِّعاً، وَفِي الإِطْعَامِ وَالكِسْوَةِ وَجْهَانِ[1]، وَالوَارِثُ يَتَبَرَّعُ بِغَيْرِ العِتْقِ، وَفِي العِتْقِ وَجْهَانِ[2]، وَفِي صَوْمِ الوَلِيِّ عَنْهُ خِلاَفٌ[3]؛ وَصَوْمُ الأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ إِذْنٍ مُرَتَّبٍ عَلَيْهِ، وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ في الكَفَّارَةِ المُخَيَّرَةِ بِالْعِتْقِ، وَزَادَ قِيمَةُ العَبْدِ عَلَى الطَّعَامِ[4]، فَفِي وَجْهٍ يُحْسَبُ مِنْ رَأْسِ المَالِ.

وَفِي وَجْهٍ مِنَ الثُّلُثِ.

وَفِي وَجْهٍ: قُدِّرَ قِيمَةُ الطَّعَامِ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَالزِّيَادَةُ مِنَ الثُّلُثِ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ يُكَفِّرُ بِالمَالِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، أَنَّهُ كَالعَبْدِ؛ لاَ يُكَفِّرُ إِلاَّ بِالصَّوْمِ.

---

(١) قال الرافعي: «والأجنبي لا يعتق عنه متبرعاً وفي الإطعام والكسوة وجهان» المسألة مذكورة في الوصايا مع طَرْدِ الوجهين في الإعتاق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «والوارث يتبرع بغير العتق وفي العتق وجهان» قد سبقت المسألة في الوصايا أيضاً، لكن أجاب بالجواز في العِتْقِ وغيره، ولم يتعرض للخلاف. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وفي صوم الولي عنه خلاف» الصورة مذكورة في الصوم والوصية والكفارات. [ت]

(٤) قال الرافعي: «ولو أوصى في الكفارة المخيرة بالعتق وزاد قيمة العبد على الطعام» المسألة مذكورة في الوصايا من غير حكاية الوجوه فيها. [ت]

(اَلْبَابُ الثَّالِثُ: فِيمَا يَقَعُ بِهِ الْحِنْثُ)

وَيُتَّبَعُ فِيهِ مُوجِبُ الأَلْفَاظِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

(النَّوْعُ الأَوَّلُ): مَا يَتَعَلَّقُ بِدُخُولِ الدَّارِ، فَإِذَا حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنَثْ (ح و ز) بِصُعُودِ السَّطْحِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الخُرُوجِ، لَمْ يَبَرَّ أيضاً بِالصُّعُودِ (و)، وَيَحْنَثُ بِدُخُولِ الدِّهْلِيزِ (و)، وَلاَ يَحْنَثُ بِدُخُولِ (و) الطَّاقِ خَارِجَ البَيْتِ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ، وَهُوَ فِي الدَّارِ، لَمْ يَحْنَثْ (و) بِالمُقَامِ [ح][1]، وَلَوْ قَالَ: لا أَرْكَبُ وَهُوَ رَاكِبٌ، أَوْ لا أَلْبَسُ، وَهُوَ لاَبِسٌ، حَنِثَ بِالاسْتِدَامَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ بَيْتاً، حَنِثَ بِبَيْتِ الشَّعْرِ وَالجِلْدِ وَالخَيْمَةِ، إِنْ كَانَ بَدَوِيّاً، وَفِي البَلَدِيِّ وَجْهَانِ؛ مَأْخَذُهُمَا أَنَّهُ يُرْعَىٰ عُرْفُ وَاضِعِ اللِّسَانِ، أَوْ عُرْفُ الحَالِفِ وَفَهْمُهُ؟ وَلَوْ قَالَ: (درخانه نشوم)، لَمْ يَحْنَثْ (و) بِبَيْتِ الشَّعْرِ، إِذَا لَمْ يَثْبُتْ هَذَا العُرْفُ فِي الفَارِسِيَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ أَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ، فَمَكَثَ سَاعَةً، حَنِثَ [ح][2]، وَإِنْ كَانَ (م) دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَ أَهْلَهُ وَمَكَثَ، وَلَوْ خَرَجَ وَتَرَكَ أَهْلَهُ، بَرَّ، وَلَوِ انْتَهَضَ لِنَقْلِ الأَمْتِعَةِ، كَمَا يُعْتَادُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُسَاكِنُ فُلاَناً، وَفَارَقَهُ فُلاَنٌ، لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ كَانَا فِي خَانٍ، وَانْفَرَدَ بِبَيْتٍ، لَمْ يَحْنَثْ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَو انْفَرَدَ ببيتٍ فِي دَارٍ يَحْنَثُ، وَلَوْ انفرد بِحُجْرَةٍ فِي دَارٍ طَرِيقُهَا عَلَى الدَّارِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَا من دَارٍ، فَانْتَهَضَ لِبِنَاءِ الجِدَارِ، حَنِثَ بِالْمَكْثِ عَلَى الصَّحِيحِ (و).

(النَّوْعُ الثَّانِي: أَلْفَاظُ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ)، فَإِذَا قَالَ: لاَ أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الإِدَوَاتِ، لَمْ يَحْنَثْ (م) إِلاَّ بِالجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لأَشْرَبَنَّ، لَمْ يَبَرَّ إِلاَّ بالجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لأَشْرَبَنَّ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ فِي الحَالِ؛ لِعُسْرِ البِرِّ، وَقِيلَ: يَبَرُّ بِشُرْبِ البَعْضِ هَـٰهُنَا، وَلَوْ قَالَ: لأَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ غَداً، فَفِي لُزُومِ الكَفَّارَةِ قَبْلَ الغَدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: لأَشْرَبَنَّ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الإِدَاوَةِ، وَلاَ مَاءَ فِيهَا، لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ فِي الحَالِ؛ كَقَوْلِهِ: لأَقْتُلَنَّ فُلاَناً، وَعَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ، وَلَوْ قَالَ: لاَ آكُلُ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ، لَمْ يَحْنَثْ (م) إِلاَّ بِجَمْعِهِمَا، وَالوَاوُ العَاطِفَةُ تَجْعَلُ الجَمِيعَ كَالشَّيْءِ الوَاحِدِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ آكُلُ الرَّأْسَ، لَمْ يَحْنَثْ (م) بِرَأْسِ الطَّيْرِ وَالسَّمَكِ، وَيَحْنَثُ بِرَأْسِ الإِبِلِ (و) وَالبَقَرِ، وَلاَ يَحْنَثُ (و) بِرَأْسِ الظِّبَاءِ إِلاَّ إِذَا اعْتِيدَ أَكْلُهُ فِي مَوْضِعٍ، فَيَحْنَثُ مَنْ حَلَفَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ المَوْضِعِ، وَفِي غَيْرِ أَهْلِ ذَلِكَ المَوْضِعِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى البَيْضِ، لَمْ يَحْنَثْ بِبَيْضِ السَّمَكِ وَالعُصْفُورِ[3]، وَيَحْنَثُ بِبَيْضِ النَّعَامِ، وَلَوْ حَلَفَ

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) قال الرافعي: ولو حلف على البيض لم يحنث ببيض السمك والعصفور» والظاهر في العصفور أنه يحنث. [ت]

عَلَى الخُبْزِ، لَمْ يَحْنَثْ بِخُبْزِ الأُرْزِ إِلاَّ بِطَبَرِسْتَانَ[1]، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى اللَّحْمِ، لَمْ يَحْنَثْ بِالشَّحْمِ، وَيَحْنَثُ بِالسَّمِينِ، وَفِي الأَلْيَةِ والسَّنَامِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَحْنَثُ بِالأَمْعَاءِ وَالكَبِدِ وَالْكَرِشِ، وَفِي القَلْبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الزُّبْدِ، لَمْ يَحْنَثْ بِالسَّمْنِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَحْنَثْ بِالأَدْهَانِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الجَوْزِ، حَنِثَ بِالهِنْدِيِّ، وَعَلَى التَّمْرِ، لاَ يَحْنَثُ بِالهِنْدِيِّ[2]، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَأْكُلُ، لَمْ يَحْنَثْ بِالشُّرْبِ، وَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لا يَأْكُلُ السُّكَّرَ، فَوُضِعَ فِي فِيهِ، حَتَّىٰ ذَابَ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْعِنَبِ، لَمْ يَحْنَثْ بِعَصِيرِهِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ، لَمْ يَحْنَثْ، إِذَا جَعَلَهُ في عَصِيدَةٍ، وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَثَرٌ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَثَرٌ، فَفِيهِ خِلاَفٌ، وَفِي الخَلِّ إِذَا جَعَلَهُ في السِّكْبَاجِ[3] وَجْهَانِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَحْنَثُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَذُوقُ، فَأَدْرَكَ طَعْمَهُ وَمَجَّهُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الفَاكِهَةِ، حَنِثَ بِالْعِنَبِ (ح) وَالرُّمَّانِ (ح)، وَلاَ يَحْنَثُ (و) بِالْقِثَّاءِ، وَفِي الْبِطِّيخِ تَرَدُّدٌ، وَيَحْنَثُ بِيَابِسِ الفَوَاكِهِ، وَفِي اللُّبُوبِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ حَلَفَ، لاَ يَأْكُلُ البَيْضَ، ثُمَّ حَلَفَ أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا في كُمِّ فُلاَنٍ، فَإِذَا هُوَ بَيْضٌ، فَاتَّخَذَ مِنْهُ النَّاطِفَ[4]، فَأَكَلَ مِنْهُ، فَقَدْ أَكَلَ مِمَّا فِي كُمِّهِ، وَلَمْ يَأْكُلِ البَيْضَ، فَيَبَرُّ في اليَمِينَيْنِ.

(النَّوْعُ الثَّالِثُ: في العُقُودِ)، فَإِذَا حَلَفَ عَلَىٰ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، لاَ يَحْنَثُ بِمَا مَلَكَهُ بِهِبَةٍ، أَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ، أَوْ رَدَّ بِعَيْبٍ أَوْ قِسْمَةٍ، وَمَا مَلَكَهُ بِالسَّلَمِ أَوِ الصُّلْحِ عَنِ الدَّيْنِ، فَهُوَ كَالمُشْتَرَىٰ، وَالمَأْخُوذُ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِمُشْتَرًى، وَلَوِ اشْتَرَىٰ زَيْدٌ وَعَمْرٌو، فَأَكَلَ مِنْهُ، لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَوْ خَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ بِمَا اشْتَرَاهُ عَمْرٌو، حَنِثَ، إِذَا أَكَلَ مِنَ المُخْتَلِطِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَشْتَرِي، وَلاَ أَتَزَوَّجُ، فَوَكَّلَ، وَعَقَدَ الوَكِيلُ، لَمْ يَحْنَثْ (م و)، وَكَذَا لَوْ قَالَ الأَمِيرُ: لاَ أَضْرِبُ، فَأَمَرَ الجَلاَّدَ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي هَذِهِ العُقُودِ، لَمْ يَحْنَثْ فِيمَا أَضَافَهُ إِلَى المُوَكِّلِ[5]؛ وَفِيمَا نَوَىٰ لِمُوَكِّلِهِ، يَحْنَثُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُكَلِّمُ عَبْداً اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، فَاشْتَرَىٰ وَكِيلُ زَيْدٍ، لَمْ يَحْنَثْ، إِنْ كَلَّمَهُ، وَكَذَا فِي امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا زَيْدٌ، لاَ يَحْنَثُ، إِذَا قَبِلَ وَكِيلُ زَيْدٍ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أُكَلِّمُ زَوْجَةَ زَيْدٍ، حَنِثَ بِهَذَا، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَبِيعُ الخَمْرَ، فَبَاعَ (و ح)، أَوْ لاَ أَبِيعُ مَالَ امْرَأَتِي بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَبَاعَ، لَمْ يَحْنَثْ (ح و ز م)؛ لأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ حَقِيقَةً، وَالفَاسِدُ لَيْسَ (ح م) بِعَقْدٍ إِلاَّ إِذَا حَلَفَ أَلاَّ يَحُجَّ، يَحْنَثُ بِالفَاسِدِ؛ لأَنَّهُ مُنْعَقِدٌ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَهَبُ مِنْهُ، حَنِثَ بِالتَّصَدُّقِ عَلَيْهِ (ح و) بِالرُّقْبَىٰ (و)، وَالعُمْرَىٰ (و)، وَبِالوَقْفِ أَيْضاً، إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَتَصَدَّقَ، لَمْ يَحْنَثْ (و) بِالهِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ مَالَ لي،

---

(١) قال الرافعي: «ولو حلف على الخبز لم يحنث بخُبزِ الأرز إلاَّ بـ «طبرستان»» هذا وجه، والصحيح أنه يحنث به في جميع البلاد. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو حلف على الجوز حنث بالهندي وعلى التمر لا يحنث بالهندي» ويشبه أن يرجح ما في التهذيب وهو التسوية بينهما في عدم الحنث. [ت]

(٣) السِّكْبَاجُ: طعام يعمل من اللحم والخل مع توابل وأفاويه وهو معرب. ينظر: المعجم الوسيط ١/٤٣٨.

(٤) النَّاطِف: ضرب من الحلوى يصنع من اللّوز والجوز والفُستق. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٩٣٠ ـ ٩٣١.

(٥) قال الرافعي: «وأن يوكل في هذه العقود لم يحنث فيما أضافه إلى الموكل» الأشبه أنه يحنث. [ت]

حَنِثَ بِكُلِّ مَالٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَكَوِيّاً (ح)، وَيَحْنَثُ إِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَىٰ مُعْسِرٍ، مُؤَجَّلاً أَوْ مُعَجَّلاً، وَيَحْنَثُ إِنْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ آبِقٌ أَوْ مُدَبَّرٌ، وَفِي الْمُكَاتَبِ وَأُمِّ الوَلَدِ خِلَافٌ، وَلاَ يَحْنَثُ إِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ دَارٍ بِالإِجَارَةِ.

(النَّوْعُ الرَّابِعُ: فِي الإِضَافَاتِ وَالصِّفَاتِ)، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ، لَمْ يَحْنَثْ (ح م) بِدُخُولِ مَسْكَنِهِ الَّذِي لاَ يَمْلِكُهُ، وَيَحْنَثُ بِدُخُولِ دَارِهِ الَّذِي لاَ يُسْكَنُ، وَمُطْلَقُ الإِضَافَةِ لِلمِلْكِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَدْخُلُ مَسْكَنَهُ، حَنِثَ بِدُخُولِ مَسْكَنِهِ المُسْتَعَارِ وَالمُسْتَأْجَرِ، وَفِي المَغْصُوبِ وَجْهَانِ، وَفِي مِلْكِهِ الَّذِي لاَ يَسْكُنُهُ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَحْنَثُ، إِنْ كَانَ قَدْ سَكَنَهُ يَوْماً، وَإِلاَّ فَلاَ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ هَذِهِ، فَبَاعَهَا زَيْدٌ، ثُمَّ دَخَلَ، حَنِثَ (و) تَغْلِيباً لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ آكُلُ لَحْمَ هَذِهِ البَقَرَةِ، وأَشَارَ إِلَى سَخْلَةٍ، حَنِثَ بِلَحْمِهَا؛ تَغْلِيباً لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لا أَدْخُلُ هَذَا البَابَ، فَحُوِّلَ البَابُ إِلَىٰ مَنْفَذٍ آخَرَ، فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

فِي وَجْهٍ: لاَ يَحْنَثُ بِدُخُولِ وَاحِدٍ مِنَ المَنْفَذَيْنِ؛ حَتَّىٰ يَجْتَمِعَ البَابُ وَالمَنْفَذُ المُشَارُ إِلَيْهِ.

وَفِي وَجْهٍ: يَحْنَثُ بِالمَنْفَذِ الأَوَّلِ.

وَفِي وَجْهٍ يَحْنَثُ بِالبَابِ المَنْفُوذِ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ بَابَ هَذِهِ الدَّارِ، وَلَمْ يُعَيِّنِ البَابَ، فَفُتِحَ بَابٌ جَدِيدٌ، فَفِي حِنْثِهِ بِدُخُولِ البَابِ الجَدِيدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَنَزَلَ إِلَى الدَّارِ مِنَ السَّطْحِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَرْكَبُ دَابَّةَ العَبْدِ، لَمْ يَحْنَثْ (ح) إلاَّ بِمَا يَمْلِكُهُ (و) بَعْدَ العِتْقِ، إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَرْكَبُ سَرْجَ دَابَّةٍ، حَنِثَ بِمَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا؛ بِخِلاَفِ العَبْدِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَلْبَسُ مَا مَنَّ بِهِ فُلاَنٌ عَلَيَّ، أَوْ مَا غَزَلَتْ فُلاَنَةٌ، يُحْمَلُ عَلَى المَوْهُوبِ، وَالمَغْزُولِ فِي المَاضِي، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَلْبَسُ ثَوْباً مِنْ غَزْلِهَا، حُمِلَ عَلَى المَاضِي وَالمُسْتَقْبَلِ، وَلَوْ لَبِسَ مَا خِيطَ بِغَزْلِهَا، لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَبِسَ مَا سَدَاهُ مِنْ غَزْلِهَا، دُونَ اللُّحْمَةِ، لَمْ يَحْنَثْ، إِذَا ذَكَرَ الثَّوْبَ فِي اليَمِينِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَلْبَسُ ثَوْباً، فَارْتَدَىٰ بِقَمِيصٍ، أَوْ ٱتَّزَرَ، حَنِثَ، وَلَوْ فَرَشَ، وَرَقَدَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ تَدَثَّرَ بِهِ، فَفِيهِ نَظَرٌ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَلْبَسُ قَمِيصاً، فَارْتَدَىٰ بِقَمِيصٍ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ فَتَقَهُ، وَٱتَّزَرَ بِهِ، لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا القَمِيصَ، ثُمَّ ٱتَّزَرَ بِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَحْنَثَ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ فَتَقَهُ تَغْلِيباً لِلإِشَارَةِ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ آكُلُ لَحْمَ هَذِهِ السَّخْلَةِ، فَكَبِرَتْ، أَوْ لاَ أُكَلِّمُ هَذَا العَبْدَ، فَعَتَقَ، أَوْ هَذَا الرُّطَبَ، فَتَتَمَّرَ، أَوْ هَذِهِ الحِنْطَةَ، فَطُحِنَتْ، فَفِيهَا وَجْهَانِ؛ لِتَقَابُلِ الإِشَارَةِ وَالصِّفَةِ.

وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَأَذِنَ بِحَيْثُ [لم] يَسْمَعِ المَأْذُونُ، فَوَجْهَانِ[1]، وَإِنْ خَرَجَتْ

---

(١) قال الرافعي: «ولو حلف لا يخرج بغير إذنه فأذن بحيث لم يسمع المأذون له فوجهان» قيل فيه قولان: منصوص، وهو أنه لا يحنث ومخرج. [ت] في «ط» من الوجيز «بحيث يسمع» والصواب المثبت.

مَرَّةً بِإِذْنِهِ، انْحَلَّ (ح و) اليَمِينُ، فَلاَ يَحْنَثُ بَعْدَهُ.

وَلَوْ قَالَ: لاَ تَخْرُجْ بِغَيْرِ خُفٍّ، فَخَرَجَتْ بِخُفٍّ، لَمْ يَنْحَلَّ اليَمِينُ[1].

(النَّوْعُ الخَامِسُ: في الكَلاَمِ)، وَلَوْ قَالَ: وَاللهِ، لاَ أُكَلِّمُكَ، فَتَنَحَّ عَنِّي، حَنِثَ بِقَوْلِهِ: تَنَحَّ عَنِّي؛ وَكَذَا (ح) لَوْ شَتَمَهُ، وَلَوْ كَاتَبَهُ، لَمْ يَحْنَثْ (م و)، وَلاَ يَحْنَثُ بِالإِشَارَةِ المُفْهِمَةِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى المُهَاجَرَةِ، فَفِي المُكَاتَبَةِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لا يَتَكَلَّمُ، حَنِثَ بِتَرْدِيدِ الشِّعْرِ مَعَ نَفْسِهِ، وَلاَ يَحْنَثُ بِالتَّهْلِيلِ وَقِرَاءَةِ القُرْآنِ، وَلَوْ قَالَ: لأُثْنِيَنَّ عَلَى اللهِ تَعَالَى بِأَحْسَنِ الثَّنَاءِ، فَلْيَقُلْ: لاَ أُحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ؛ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ، وَلَوْ حَلَفَ لاَ يُصَلِّي، ثُمَّ تَحَرَّمَ بِالصَّلاَةِ، حَنِثَ، وَإِنْ أَفْسَدَهَا بَعْدَ ذَلِكَ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَحْنَثُ إِلاَّ بِصَلاَةٍ تَامَّةٍ.

(النَّوْعُ السَّادِسُ: في تَأْخِيرِ الحِنْثِ وَتَقْدِيمِهِ)، وَلَوْ قَالَ: لآكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ غَداً، وَأَخَّرَ، حَنِثَ، وَإِنْ تَلِفَ الطَّعَامُ قَبْلَ الغَدِ، أَوْ مَاتَ الحَالِفُ، فَقَدْ تَعَذَّرَ البِرُّ، لاَ بِاخْتِيَارِهِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى قَوْلَي الإِكْرَاهِ، وَلَوْ تَلِفَ فِي أَثْنَاءِ الغَدِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الأَكْلِ، فَلُزُومُ الكَفَّارَةِ يُلْتَفَتُ عَلَى الخِلاَفِ في أَنَّ مَنْ مَاتَ، وَلَمْ يُصَلِّ في أَثْنَاءِ الوَقْتِ، هَلْ يَعْصِي؟ وَلَوْ قَالَ: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ غَداً، فَأَبْرَأَهُ المُسْتَحِقُّ، فَقَد فَاتَ البِرُّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ مَاتَ المُسْتَحِقُّ، وَفَّى بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الوَرَثَةِ، وَإِنْ مَاتَ الحَالِفُ، فَقَدْ فَاتَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَعَلَى القَوْلَيْنِ، وَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُ الحِنْثِ بَعْدَ المَوْتِ، إِذَا سَبَقَ اليَمِينُ في الحَيَاةِ، وإِنْ قَالَ: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الهِلاَلِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُحْضِرَ المَالَ وَيَتَرَصَّدَ، فَإِنْ سَلَّمَ قَبْلَ الهِلاَلِ أَوْ بَعْدَهُ، حَنِثَ (ح م).

وَقِيلَ: لَهُ فُسْحَةٌ في تِلْكَ اللَّيْلَةِ وَيَوْمِهَا.

وَلَوْ قَالَ لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إِلَى حِينٍ، لَمْ يَحْنَثْ (ح م) بِالتَّأْخِيرِ إِلَى أَنْ يَفُوتَ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الحِنْثُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَعْدَ حِينٍ، حَنِثَ بَعْدَ لَحْظَةٍ.

(النَّوْعُ السَّابِعُ: في الخُصُومَاتِ)، فَلَوْ قَالَ: لاَ أَرَى مُنْكَراً إِلاَّ رَفَعْتُهُ إِلَى القَاضِي، فَلَيْسَ عَلَيْهِ البِدَارُ، بَلْ عُمْرُهُ وَعُمْرُ القَاضِي مُهْلَتُهُ، وَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى القَاضِي المَوْجُودِ في الوَقْتِ، أَوْ عَلَى الجِنْسِ؟ وَجْهَانِ[2]، وَلَوْ عَيَّنَ القَاضِيَ، فَعُزِلَ، فَفِي الرَّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَهُ خِلاَفٌ، وَلَوْ بَادَرَ، فَمَاتَ القَاضِي قَبْلَ الانْتِهَاءِ إِلَى مَجْلِسِهِ، قِيلَ: لاَ يَحْنَثُ.

وَقِيلَ: يُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ في فَوَاتِ البِرِّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: لا تخرج بغير خفٍ فخرجت بخفٍّ لم تنحل اليمين» الأقوى الانحلال كما في الصورة السَّابقة. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وهل يحمل على القاضي الموجود في الوقت، أو على الجنس؟ فيه وجهان» ويقال: قولان. [ت]

وَلَوْ رَأَى المُنكَرَ بَعْدَ ٱطِّلاَعِ القَاضِي، فَقَدْ قِيلَ: فَاتَ الْبِرُّ بِغَيْرِ ٱخْتِيَارِهِ.

وَقِيلَ: يَبَرُّ بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِعْلاَمٌ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لاَ يُفَارِقُ غَرِيمَهُ، فَفَارَقَهُ الغَرِيمُ، فَلَمْ يَتْبَعْهُ، لَمْ يَحْنَثْ؛ وَكَذَا لَوْ كَانَا يَتَمَاشَيَانِ، فَمَشَى الغَرِيمُ، وَوَقَفَ؛ لأَنَّ المُفَارِقَ هُوَ الغَرِيمُ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: لاَ يَفْتَرِقُ، وَلَوْ حَلَفَ؛ لِيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ خَشَبَةٍ، حَصَلَ البِرُّ بِأَنْ يُضْرَبَ بِعِثْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، وَإِنْ قَلَّ الأَلَمُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْكَبِسَ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَمَسَّ آحَادُهَا بَدَنَهُ، وَلاَ بَأْسَ بِحَائِلٍ لاَ يَمْنَعُ أَصْلَهَا مِنَ الضَّرْبِ، وَلَوْ شَكَّ فِي الثقيلِ وَٱلانْكِبَاسِ، لاَ يَحْنَثُ؛ لأَنَّ الضَّرْبَ سَبَبٌ ظَاهِرٌ فِي ٱلانْكِبَاسِ، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ الدَّارَ، إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ، فَدَخَلَ، وَمَاتَ زَيْدٌ، وَلَمْ يَعْرِفْ مَشِيئَتَهُ، حَنِثَ (ح م)؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ المَشِيئَةِ، وَلَيْسَ لَهَا سَبَبٌ ظَاهِرٌ.

وَقِيلَ فِي المَسْأَلَةِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَىٰ مِائَةِ سَوْطٍ بَدَلَ الخَشَبَةِ، لَمْ يَكْفِهِ (و) الشَّمَارِيخُ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ مِائَةَ سَوْطٍ، وَيَضْرِبَ دَفْعَةً وَاحِدَةً، (وَلْنَقْتَصِرْ) عَلَىٰ هَذَا القَدْرِ؛ فَإِنَّ أَمْثَالَ هَذِهِ الصُّورَةِ لاَ تَنْحَصِرُ ٱلْبَتَّةَ.

(خَاتِمَةٌ)

كُلُّ مَا عَلَّقَهُ عَلَىٰ فِعْلِ نَفْسِهِ، فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ ٱخْتِيَارِهِ؛ إِمَّا بِالإِكْرَاهِ، أَوْ بِالنِّسْيَانِ، وَإِمَّا بِالجَهْلِ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ، وَصُورَةُ الجَهْلِ؛ أَنْ يَقُولَ: لاَ أُسَلِّمُ عَلَىٰ زَيْدٍ، ثُمَّ سَلَّمَ عَلَيْهِ فِي ظُلْمَةٍ، وَهُوَ لاَ يَعْرِفُهُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ، فَحُمِلَ قَهْراً، وَأُدْخِلَ، لَمْ يَحْنَثْ (و)، وَإِنْ حُمِلَ بِإِذْنِهِ، حَنِثَ، وَإِنْ سَكَتَ مَعَ القُدْرَةِ، فَفِيهِ خِلاَفٌ (و)، وَلَوْ سَلَّمَ عَلَىٰ قَوْمٍ فِيهِمْ زَيْدٌ، وَٱسْتَثْنَاهُ بِقَلْبِهِ (و)، أَوْ بِلَفْظِهِ، لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَثْنِ، حَنِثَ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (ز)، وَلَوْ قَالَ: لاَ أَدْخُلُ عَلَىٰ زَيْدٍ، فَدَخَلَ عَلَىٰ قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، وَٱسْتَثْنَىٰ بِقَلْبِهِ دُخُولَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ[1]، وَإِنْ دَخَلَ، وَلَمْ يَعْلَمْ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، عَلَى مَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ، وَهُوَ جَاهِلٌ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَحْنَثَ، وَإِنْ دَخَلَ لِشُغْلٍ آخَرَ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِ، وَكَانَ وَحْدَهُ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَحْنَثُ، لاِنْضِمَامِ الجَهْلِ إِلَىٰ صَارِفٍ عَنْهُ إِلَى الشُّغْلِ.

وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ.

---

(١) قال الرافعي: «لو قال: لا أدخل على زيد فدخل على قوم وهو فيهم واستثنى بقلبه دخوله، ففيه وجهان» قيل: قولان. [ت]

(كِتَابُ ٱلنُّذُورِ)

(وٱلنَّظَرُ في الأَرْكَانِ وَالأَحْكَامِ)، وَالأَرْكَانُ ثَلاَثَةٌ: المُلْتَزِمُ وَاللَّفْظُ، وَالمُلْتَزَمُ،:

(أَمَّا المُلْتَزِمُ)، فَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ لَهُ أَهْلِيَّةُ العِبَادَةِ، وَلاَ يَصِحُّ نَذْرُ الكَافِرِ (و)، لَكِنِ الأَحَبُّ إِذَا أَسْلَمَ أَنْ يَفِيَ بِهِ.

(وَأَمَّا الصِّيغَةُ)، فَهِيَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلاَةٌ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُ زَيْداً، فَقَدْ ذَكَرْنَا؛ أَنَّهُ يَمِينُ الغَضَبِ، وَلَوْ قَالَ ٱبْتِدَاءً: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ، فَقَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ (ح م) أَنْ يُلْزِمَ نَفْسَهُ مَا لَيْسَ بِلاَزِمٍ، إِلاَّ في مُقَابَلَةِ نِعْمَةٍ أَوْ دَفْعِ بَلِيَّةٍ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ يَصِحُّ وَيَلْزَمُهُ، وَلَوْ عَقَّبَ النَّذْرَ بِقَوْلِهِ: إِنْ شَاءَ اللهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ شَاءَ.

(وَأَمَّا المُلْتَزَمُ)، فَهُوَ عَلَىٰ ثَلاَثِ مَرَاتِبَ:

(الأُولَىٰ) كُلُّ عِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ؛ كَالصَّوْمِ وَالصَّلاَةِ وَالحَجِّ، فَيَلْزَمُ بِالنَّذْرِ حَتَّىٰ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؛ كَالجِهَادِ وَتَجْهِيزِ المَوْتَى وَالصَّلاَةِ عَلَى الجَنَازَةِ، وَيَلْزَمُ بِصِفَاتِهَا؛ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: أَحُجُّ مَاشِياً، أَوِ ٱلْتَزَمَ طُولَ القِرَاءَةِ، لَزِمَ؛ كَمَا وَصَفَ، فَإِنِ ٱلْتَزَمَ المَشْيَ في حِجَّةِ الإِسْلاَمِ، أَوْ طُولَ القِرَاءَةِ في الفَرَائِضِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلاَّ يَتْرُكَ الوِتْرَ وَرَكْعَتَيِ الفَجْرِ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلاَّ يُفْطِرَ في السَّفَرِ، لَغَا قَوْلُهُ؛ لأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلشَّرْعِ.

(الثَّانِيَةُ: القُرُبَاتُ)؛ كَالعِيَادَةِ لِلمَرِيضِ، وَإِفْشَاءِ السَّلاَمِ، وَزِيَارَةِ القَادِمِ، فَفِي لُزُومِهِ بِالنَّذْرِ وَجْهَانِ، إِذْ لَيْسَ عِبَادَةً، وَلَكِنْ يُتَقَرَّبُ بِهَا؛ عَلَى الجُمْلَةِ، وَفِي تَجْدِيدِ الوُضُوءِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّ الوُضُوءَ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ لِعَيْنِهَا في الأَصْلِ.

(الثَّالِثَةُ: المُبَاحَاتُ)؛ كَالأَكْلِ، وَالنَّوْمِ، فَلاَ يَلْزَمُ، وَإِنْ تُصُوِّرَ أَنْ يَقْصِدَ بِالأَكْلِ التَّقَوِّيَ عَلَى العِبَادَةِ، فَيُثَابُ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى مُجَرَّدِ القَصْدِ، نَعَمْ، إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَلاَّ آكُلَ، فَقَدْ قِيلَ: تَجِبُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ بِمُجَرَّدِ لَفْظِهِ، أَكَلَ أَوْ لَمْ يَأْكُلْ[1]، وَهُوَ بَعِيدٌ، إِلاَّ أَنْ يَنْوِيَ بِهِ اليَمِينَ، فَتَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالحِنْثِ، إِنْ أَكَلَ.

(فَرْعٌ): إِذَا نَذَرَ الجِهَادَ في جِهَةٍ، قِيلَ: تَتَعَيَّنُ الجِهَةُ.

وَقِيلَ: لا تَتَعَيَّنُ.

وَقِيلَ: تَتَعَيَّنُ تِلْكَ الجِهَةُ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا في المَسَافَةِ وَالمُؤْنَةِ.

---

(١) قال الرافعي: «وإذا قال: لله عليَّ ألاَّ آكل هذا فقد قيل: تجب كفارة يمين بمجرد لفظه أكل أو لم يأكل» المشهور من كيفية الخلاف أنه إذا خالف لزمته الكفارة، والذي فعله لا يتحقق ثبوته. [ت]

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ النَّذْرِ)، وَهُوَ يَتْبَعُ مُوجِبَ اللَّفْظِ، وَالمُلْتَزَمَاتُ أَنْوَاعٌ:

(النَّوْعُ الأَوَّلُ): الصَّوْمُ، فَإِذَا نَذَرَ مُطْلَقَ الصَّوْمِ، كَفَاهُ يَوْمٌ، وَفِي لُزُومِ التَّبْيِيتِ قَوْلاَنِ:

أَصَحُّهُمَا: أَنَّهُ لاَ يَجِبُ؛ تَنْزِيلاً عَلَىٰ أَقَلِّ جَائِزٍ، لاَ عَلَىٰ أَقَلِّ وَاجِبٍ؛ وَكَذَا فِي الصَّلاَةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ[1]، وَفِي الصَّدَقَةِ يَكْفِيهِ دَانِقٌ؛ لأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَجِبُ فِي الخُلْطَةِ، وَفِي الاعْتِكَافِ، هَلْ يَكْفِيهِ الدُّخُولُ وَالنِّيَّةُ مِنْ غَيْرِ مُكْثٍ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و).

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقاً، لَمْ يَلْزَمِ(و) [2] التَّفْرِيقُ[3]، وَلَوْ عَيَّنَ يَوْماً لِلصَّوْمِ، تَعَيَّنَ؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَلَوْ شَرَطَ التَّتَابُعَ فِي صَوْمِ شَهْرٍ مُعَيَّنٍ، لَمْ يَجِبِ التَّتَابُعُ فِي قَضَائِهِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ هَذِهِ السَّنَةَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ أَيَّامِ العِيدِ وَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الحَيْضِ وَالمَرَضِ؟ وَجْهَانِ[4]، وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا أَفْطَرَ فِي السَّفَرِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ، فَلاَ يَكْفِيهِ إِلاَّ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً، وَلاَ يَنْحَطُّ عَنْهُ أَيَّامُ رَمَضَانَ وَالعِيدِ وَالحَيْضِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلاَنٌ، فَقَدِمَ لَيْلاً، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَدِمَ نَهَاراً، لَمْ يَكْفِهِ صَوْمُ ذَلِكَ اليَوْمِ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ بِاللَّيْلِ، وَهَلْ يَلْزَمُ صَوْمُ يَوْمٍ آخَرَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلاَنٌ، فَبَاعَ العَبْدَ ضَحْوَةَ ذَلِكَ اليَوْمِ، ثُمَّ قَدِمَ، بَانَ بُطْلاَنُ العَقْدِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَيُحْمَلُ ذِكْرُ اليَوْمِ عَلَىٰ جَمِيعِ ذَلِكَ اليَوْمِ، وَلَوْ ظَهَرَ بِعَلاَمَةٍ، أَنَّهُ يَقْدَمُ غَداً، فَنَوَىٰ لَيْلاً، كَفَاهُ مَعَ التَّرَدُّدِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لِظُهُورِ العَلاَمَةِ، وَلَوْ نَذَرَ مَنْ نَوَىٰ نَهَاراً صَوْمَ تَطَوُّعٍ؛ أَنْ يُتِمَّ ذَلِكَ اليَوْمَ، لَزِمَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَذَرَ رَكْعَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِداً مَعَ القُدْرَةِ، جَازَ لَهُ القُعُودُ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ يَوْمٍ، لَغَا نَذْرُهُ؛ فِي وَجْهٍ.

وَفِي وَجْهٍ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ كَامِلٌ.

وَكَذَا الخِلاَفُ لَوْ نَذَرَ رُكُوعاً أَوْ سُجُوداً، فَعَلَىٰ وَجْهٍ عَلَيْهِ رَكْعَةٌ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ: يَلْغُو.

وَلَوْ نَذَرَ حَجَّ هَذِهِ السَّنَةِ، وَهُوَ عَلَىٰ مِائَةِ فَرْسَخٍ، وَلَمْ يَبْقَ إِلاَّ يَوْمٌ، فَنَذْرُهُ لاَغٍ.

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الأَثَانِينِ، أَوْ يَوْمَ يَقْدَمُ فُلاَنٌ أَبَداً، فَقَدِمَ يَوْمَ الاثْنَيْنِ، لَزِمَهُ الأَثَانِينُ؛ لأَنَّ الصَّحِيحَ (و) أَنَّ الوَقْتَ مُتَعَيِّنٌ فِي الصَّوْمِ.

وَلاَ يَجِبُ قَضَاءُ الأَثَانِينِ الوَاقِعَةِ فِي رَمَضَانَ إِلاَّ الاثْنَيْنِ الخَامِسَ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ قَدْ يَقَعُ، وَقَدْ لاَ

---

(١) قال الرافعي: «وفي لزوم التبييت قولان أصحهما أنه لا تجب تنزيلاً على أقل جائز لا على أقل واجب وكذا في الصلاة يكفيه ركعة» الأصح عند الأكثرين لزوم التبييت، وأنه يلزم في نذر الصلاة ركعتان. [ت]

(٢) في أ يلزمه.

(٣) قال الرافعي: «ولو نذر صوم شهر متفرقاً لم يلزمه التفريق» هذا وجه والأقرب لزومه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وهل يجب قضاء أيام الحيض والمرض؟ فيه وجهان» الأشهر قولان. [ت]

يَقَعُ، فَفِي قَضَائِهِ خِلَافٌ، فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ عَشْراً، فَلاَ بُدَّ مِنْ وُقُوعِ بَعْضِ الأَثَانِينِ فِي الحَيْضِ، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ (و) لاَ يَجِبُ قَضَاءُ ذَلِكَ، وَكَذَا الخِلاَفُ (و) فِيمَا يَفُوتُهُ بِسَبَبِ صَوْمِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، لَزِمَهُ فِي كَفَّارَةٍ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهَا إِنْ لَزِمَتْ قَبْلَ النَّذْرِ، فَلاَ تُقْضَىٰ؛ كَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ، لَزِمَهُ، وَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ لأَيَّامِ العِيدِ وَالحَيْضِ وَرَمَضَانَ، وَلَهُ الفِطْرُ بِالمَرَضِ وَالسَّفَرِ، وَلاَ يُمْكِنُ القَضَاءُ، وَلَوْ أَفْطَرَ عَمْداً، فَعَلَيْهِ مُدٌّ؛ إِذِ القَضَاءُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَالدَّهْرُ مُسْتَغْرَقٌ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ العِيدِ، لَغَا نَذْرُهُ، وَفِي يَوْمِ الشَّكِّ وَنَذْرِ الصَّلاَةِ فِي الأَوْقَاتِ المَكْرُوهَةِ وَجْهَانِ.

(النَّوْعُ الثَّانِي: الحَجُّ) فَإِذَا نَذَرَ الحَجَّ مَاشِياً، وَقُلْنَا: إِنَّ المَشْيَ أَفْضَلُ، لَزِمَهُ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الإِحْرَامِ، فَفِي لُزُومِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ المَشْيُ قَبْلَ الإِحْرَامِ، فَإِنْ أَطْلَقَ، حُمِلَ عَلَى المَشْيِ مِنَ المِيقَاتِ، أَوْ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَهُ الرُّكُوبُ بَعْدَ أَحَدِ التَّحَلُّلَيْنِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ[1].

وَلَوْ فَاتَهُ الحَجُّ، أَوْ فَسَدَ، لَزِمَهُ لِقَاءُ البَيْتِ، وَفِي جَوَازِ الرُّكُوبِ وَجْهَانِ[2].

ثُمَّ يَلْزَمُ قَضَاءُ الحَجِّ المَنْذُورِ، وَلَوْ تَرَكَ المَشْيَ بِعُذْرٍ، وَقَعَ الحَجُّ عَنْ نَذْرِهِ.

وَإِنْ تَرَكَ بِغَيْرِ عُذْرٍ، فَقَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: وَقَعَ، فَفِي لُزُومِ دَمِ الشَّاةِ لِلْجُبْرَانِ وَجْهَانِ[3].

وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَ بِعُذْرٍ أَيْضاً، يَلْزَمُهُ الجُبْرَانُ.

وَلَوْ تَرَكَ بَعْضَ الطَّرِيقِ، وَمَشَىٰ فِي بَعْضٍ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ إِذَا عَادَ لِلْقَضَاءِ، رَكِبَ حَيْثُ مَشَىٰ، وَمَشَىٰ حَيْثُ رَكِبَ.

وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ المَشْيُ فِي الجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: أَحُجُّ عَامِي هَذَا، فَتَعَذَّرَ لِمَرَضٍ، فَفِي لُزُومِ القَضَاءِ خِلاَفٌ (و)، وَإِنْ تَعَذَّرَ بِإِحْصَارٍ، فَلاَ قَضَاءَ.

(النَّوْعُ الثَّالِثُ: إِتْيَانُ المَسَاجِدِ)، فَإِذَا نَذَرَ إِتْيَانَ (ح) مَسْجِدٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ (ح) إِلاَّ المَسْجِدُ الحَرَامُ، وَمَسْجِدُ المَدِينَةِ، وَمَسْجِدُ إِيلِيَاءَ، وَفِيهِمَا قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ (ح)، وَجَبَ أَنْ يُضِيفَ إِلَيْهَا عِبَادَةً؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَكَفَىٰ مُجَرَّدُ الإِتْيَانِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ[4].

---

(١) قال الرافعي: «وله الركوب بعد أحد التحللين على الأظهر» الصحيح أنه ليس له الركوب إلا بعد التحللين. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولوفاته الحج أو فسد لزمه لقاء البيت، وفي جواز الركوب وجهان» فيه قولان مشهوران. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن قلنا: وقع ففي لزوم دم شاةٍ للجبران وجهان»، قيل: قولان. [ت]

(٤) قال الرافعي: «وجَبَ أن يضيف إليه عبادة على قول، وكفى مجرد الإتيان على قول» المشهور من الخِلاف فيه الوجه .[ت]

وَإِنْ قُلْنَا: لاَ بُدَّ مِنْ عِبَادَةٍ فَقِيلَ: تجبُ صَلاَةٌ، وَلَوْ ركْعَةً.

وَقِيلَ: بَلِ ٱعْتِكَافٌ.

وَقِيلَ: يَتخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

وَإِنْ كَانَ النَّذْرُ لإِتْيَانِ المَسْجِدِ الحَرَامِ، فَالعُمْرَةُ وَالحَجُّ أَخصُّ بِهِ مِنَ ٱلاعْتِكَافِ وَالصَّلاَةِ، فَيُجْزِىءُ ذَلِكَ.

لَكِنْ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ النَّذرَ يُحمَلُ عَلَىٰ أَقَلِّ وَاجِبٍ، فَإِذَا نَذَرَ إِتْيَانَ المَسْجِدِ، لَزِمَهُ حَجٌّ أَوْ عُمْرَةٌ.

وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُحمَلُ، فَيَلْزَمُهُ إِحْرَامٌ لِدُخُولِ مَكَّةَ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

فَإِنْ لَمْ نَرَ ذَلِكَ، فَهُوَ كَمَسْجِدِ المَدِينَةِ.

وَلَوْ قَالَ: آتِي عَرَفَةَ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ مِنَ الحِلِّ.

وَلَو قَالَ: آتِي مَسْجِدَ الخَيْفِ (ح)، فَهُوَ كَالمَسْجِدِ الحَرَامِ؛ لأَنَّهُ مِنَ الحَرَمِ؛ وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَجْزَاءِ الحَرَمِ.

وَلَوْ قَالَ: آتِي مَكَّةَ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، إِلاَّ إِذَا قَصَدَ الحَجَّ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: آتِي بَيْتَ اللهِ، فَإِنَّ جَمِيعَ المَسَاجِدِ بَيْتُ اللهِ، وَلَوْ نَذَرَ الصَّلاَةَ فِي المَسْجِدِ الحَرَامِ، لَزِمَهُ (ح)، وَإِنْ عَيَّنَ مَسْجِداً، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلاَّ المَسَاجِدُ الثَّلاَثَةُ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّلاَةِ.

وَقِيلَ فِي تَعْيِينِهَا قَوْلاَنِ، وَلَوْ نَذَرَ المَشْيَ إِلَى مَسْجِدِ المَدِينَةِ، أَوْ مَسْجِدِ بَيْتِ المَقْدِسِ، فَهُوَ كَنَذْرِ المَشْيِ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الإِحْرَامِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ صَلاَةً فِي الكَعْبَةِ، جَازَ الصَّلاَةُ فِي جَوَانِبِ المَسْجِدِ.

(النَّوْعُ الرَّابِعُ: فِي الضَّحَايَا وَالهَدَايَا)، وَلَوْ نَذَرَ التَّقَرُّبَ بِسَوْقِ شَاةٍ إِلىٰ مَكَّةَ، لَزِمَهُ الذَّبْحُ بِمَكَّةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ التَّفرِقَةُ أَيْضاً بِمَكَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَفظَ الضَّحِيَّةِ وَالقُرْبَةِ، بَلْ قَالَ: عَلَيَّ ذَبْحُ شَاةٍ بِمَكَّةَ، فَفِي اللُّزُومِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَىٰ بَلْدَةٍ أُخرَىٰ، فَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَلْزَمَ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِنَيْسَابُورَ، فَعَلَىٰ وَجْهٍ: يَلْزَمُهُ الذَّبْحُ وَالتَّفرِقَةُ بِهَا.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ: يَلْزَمُهُ التَّفرِقَةُ بِهَا دُونَ الذَّبْحِ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ: لاَ يَتَعَيَّنُ لاَ الذَّبْحُ، وَلاَ التَّفرِقَةُ.

وَهُوَ مِثْلُ الخِلاَفِ فِي تَعْيِينِ الفَقِيرِ الصَّدَقَةَ بِالنَّذْرِ.

وَإِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِبدَنَةٍ، فَهَلْ يَقُومُ مَقَامَهَا سَبْعٌ مِنَ الغَنَمِ أَوْ بَقَرةٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنْ عُدِمَتْ، جَازَ، وَإِلاَّ فَلاَ.

وَلَوْ نَذَرَ دَرَاهِمَ، فَلاَ يَتَصَدَّقُ بِجِنْسٍ آخَرَ.

وَإِذَا ذَكَرَ فِي النَّذْرِ لَفْظَ الضَّحِيَّةِ، فَلاَ يُجْزِئُهُ إِلاَّ الثَّنِيُّ مِنَ الإِبِلِ، وَهُوَ مَا يُجْزِىءُ فِي الضَّحِيَّةِ سَلِيماً مِنَ العُيُوبِ، وَلَوْ نَذَرَ هَدْياً، فَعَلَىٰ قَوْلٍ يَكْفِيهِ كُلُّ مَا يُسَمَّىٰ مِنْحَةً، وَلاَ يَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَكَّةَ.

وَعَلَىٰ قَوْلٍ: عَلَيْهِ مَا يُجْزِىءُ فِي الضَّحِيَّةِ، وَيَلْزَمُهُ (و)تَبْلِيغُ الحَرَمِ.

وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُهْدِيَ ظَبْيَةً إِلَىٰ مَكَّةَ، لَزِمَهُ (و) التَّبْلِيغُ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا حَيَّةً، وَلاَ تُذْبَحُ.

وَلَوْ نَذَرَ ذَلِكَ فِي بَعِيرٍ مَعِيبٍ، فَفِي ذَبْحِهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ نَذَرَ فِي مَالٍ نَقَلَهُ إِلَىٰ مَكَّةَ؛ فَإِنْ كَانَ عَقَاراً، أَوْ مَا يَتَعَذَّرُ نَقْلُهُ، بَاعَ، وَفَرَّقَ قِيمَتَهُ بِمَكَّةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَكَّةَ لاَ تَتَعَيَّنُ لِلصَّوْمِ فِي النَّذْرِ، وَإِنْ تَعَيَّنَتْ لِلصَّدَقَةِ وَالصَّلاَةِ.

وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَسْتُرَ الكَعْبَةَ، أَوْ أُطَيِّبَهَا، لَزِمَهُ، وَيَجُوزُ سَتْرُ الكَعْبَةِ بِالحَرِيرِ؛ لأَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى الرِّجَالِ فَقَطْ، وَفِي نَذْرِ تَطْيِيبِ مَسْجِدِ المَدِينَةِ وَالمَسْجِدِ الأَقْصَىٰ تَرَدُّدٌ.

(كِتَابُ أَدَبِ القَضَاءِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:)

(ٱلْبَابُ الأَوَّلُ: في التَّوْلِيَةِ وَالعَزْلِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ:)

(ٱلأَوَّلُ فِي التَّوْلِيَةِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): أَنَّ القَضَاءَ والإمَامَةَ فَرْضٌ عَلَى الكِفَايَةِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَصَالِحِ العِبَادِ، لَكِنْ فِيهِ خَطَرٌ، فَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ إلاَّ مَنْ وَثِقَ بِنَفْسِهِ، وَأَخْذُهُ بِغَيْرِ سُؤَالٍ حَسَنٌ، وَأَخْذُهُ بِطَلَبٍ فِيهِ كَرَاهِيَةٌ، وَلَكِنْ إنْ تَعَيَّنَ لِلوِلاَيَةِ، وَلَمْ يَصْلُحْ غَيْرُهُ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ خَافَ عَلَىٰ نَفْسِهِ الخِيَانَةَ، لَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ الخِيَانَةِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ أَصْلَحُ مِنْهُ، حَرُمَ الطَّلَبُ، فَإِنْ قُلِّدَ، فَفِي ٱنْعِقَادِ الإِمَامَةِ لِلمَفْضُولِ خِلاَفٌ، وَفِي القَضَاءِ تَرَدُّدٌ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ، جَازَ القَبُولُ، وَكَرِهَ الطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَىٰ رِزْقٍ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ دُونَهُ، وَقُلْنَا: لاَ يَنْعَقِدُ لِلمَفْضُولِ، وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَقِدُ، لَمْ يَجِبْ، وَجَازَ، وَفِي وُجُوبِ القَبُولِ، إِذَا قُلِّدَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ لاَ يَجِبُ الطَّلَبُ، فَإِنَّمَا يُبَاحُ القَبُولُ، وَالطَّلَبُ، إِذَا لَمْ يَخَفْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الخِيَانَةَ، فَإِنْ خَافَ، فَلْيَحْذَرْ.

(الثَّانِيَةُ) لاَ بُدَّ لِلقَاضِي مِنْ صِفَاتٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حُرّاً ذَكَراً مُجْتَهِداً (ح) بَصِيراً (م و) عَدْلاً بَالِغاً؛ فَلاَ يَجُوزُ قَضَاءُ المَرْأَةِ والأَعْمَىٰ وَالصَّبِيِّ وَالفَاسِقِ وَالجَاهِلِ (ح) وَالمُقَلِّدِ، بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقِلَّ بِٱلاجْتِهَادِ، وَالَّذِي يَجْتَهِدُ فِي مَذْهَبِ أَحَدِ الأَئِمَّةِ لَهُ الفَتْوَىٰ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، ويَكُونُ مُقَلِّداً لِلإِمَامِ المَيِّتِ، وَلاَ يَنْتَصِبُ لِلقَضَاءِ، هَذَا هُوَ الأَصْلُ، فَإِنْ تَعَذَّرَتِ الشُّرُوطُ، وَغَلَبَ عَلَى الوِلاَيَاتِ مُتَغَلِّبُونَ فَسَقَةٌ، فَكُلُّ مَنْ وَلاَّهُ صَاحِبُ شَوكَةٍ، نفَذَ حُكْمُهُ لِلضَّرُورَةِ، كَمَا يَنْفُذُ حُكْمُ البُغَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ رَأْيِ الإِمَامِ، وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّ قَضَاءَ الأُمِّيِّ الَّذِي لاَ يَكْتُبُ جَائِزٌ.

(الثَّالِثَةُ) إِذَا نُهِيَ القَاضِي عَنِ ٱلاسْتِخْلاَفِ، لَمْ يَسْتَخْلِفْ، وَإِنْ أَطْلَقَ التَّوْلِيَةَ، فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَسْتَخْلِفُ، إِنِ ٱتَّسَعَتِ الخُطَّةُ، وَإِلاَّ فَلاَ[1]، وَيُشْتَرَطُ فِي الخَلِيفَةِ صِفَاتُ القُضَاةِ، إِلاَّ إِذَا لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ إِلاَّ سَمَاعُ شَهَادَةٍ، وَنَقْلٍ، فَلاَ يُشْتَرَطُ إِلاَّ عَلَىٰ ذَلِكَ القَدْرِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى النَّائِبِ الحُكْمَ بِخِلاَفِ ٱجْتِهَادِهِ، أَوْ بِخِلاَفِ مُعْتَقَدِ صَاحِبِهِ، إِذَا جَوَّزْنَا تَوْلِيَةَ المُقَلِّدِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

(الرَّابِعَةُ): لَوْ نَصَّبَ فِي البَلَدِ قَاضِيَيْنِ، كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَصُّ بِطَرَفٍ، جَازَ، وَإِنْ شَرَطَ ٱتِّفَاقَهُمَا فِي كُلِّ حُكْمٍ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ أَثْبَتَ ٱلاسْتِقْلاَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِذَا تَنَازَعَ الخَصْمَانِ فِي ٱلاخْتِيَارِ، أَوِ ٱزْدَحَمَ مُتَدَاعِيَانِ، فَالقُرْعَةُ.

---

(١) قال الرافعي: «وإن أطلق التولية ففيه ثلاثة أوجه وفي الثالث يستخلف إن اتسعت الخطة، وإلاّ فلا» فيه إثبات وجهين مطلقين في الحالتين، وهما فيما إذا لم يتسع مشهوران، فأما إذا اتسعت، وتعذر عليه القيام بالكل فلا يكاد يوجد لغيره حكاية الخلاف، وإنما الذي ذكره جواز الاستخلاف. [ت]

(الخَامِسَةُ): التَّحْكِيمُ جَائِزٌ؛ عَلَىٰ أَضْعَفِ القَوْلَيْنِ[1] فِي الأَمْوَالِ.

وَفِي النِّكَاحِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ، وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ.

وَفِي العُقُوبَاتِ أَوْلَىٰ بِالمَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ.

فَإِنْ كَانَ فِي البَلَدِ قَاضٍ، فَهُوَ أَبْعَدُ.

ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا، فَلَيْسَ (و) لَهُ الحَبْسُ، وَٱسْتِيفَاءُ العُقُوبَةِ، وَلاَ يَنْفُذُ (و) حُكْمُهُ عَلَىٰ غَيْرِ المُتَرَاضِيَيْنِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَضْرِبَ دِيَةَ الخَطَإِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الرَّاضِي بِحُكْمِهِ.

وَهَلْ يَجِبُ ٱسْتِئْنَافُ الرِّضَا بَعْدَ الحُكْمِ لِنُفُوذِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[2].

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي العَزْلِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): أَنَّ طَرَيَانَ الجُنُونِ وَالعَمَىٰ وَالنِّسْيَانِ يُوجِبُ ٱلانْعِزَالَ، وَكَذَا طَرَيَانُ الفِسْقِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ، وَلَوْ جُنَّ، ثُمَّ أَفَاقَ، عَادَتْ وِلاَيَتُهُ؛ عَلَىٰ أَضْعَفِ الوَجْهَيْنِ.

(الثَّانِيَةُ) يَجُوزُ العَزْلُ عِنْدَ ظُهُورِ خَلَلٍ، وَيَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِ خَلَلٍ، وَبِمِثْلِهِ وَمَنْ دُونَهُ لاَ يَجُوزُ إِلاَّ لِمَصْلَحَةٍ، لَكِنْ إِنْ فَعَلَ، نَفَذَ لِلمَصْلَحَةِ وَطَاعَةِ السُّلْطَانِ.

وَهَلْ يَقِفُ ٱلانْعِزَالُ عَلَى بُلُوغِ الخَبَرِ؟ قِيلَ: هُوَ كَالوَكِيلِ.

وَقِيلَ: يُقْطَعُ بِأَنَّهُ لاَ يَنْعَزِلُ، لِلضَّرَرِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي، فَأَنْتَ مَعْزُولٌ، ٱنْعَزَلَ، إِذَا قُرِىءَ عَلَيْهِ، وَلاَ يَنْعَزِلُ قَبْلَ القِرَاءَةِ، وَيَنْعَزِلُ بِٱنْعِزَالِهِ كُلُّ مَأْذُونٍ فِي شُغْلٍ مُعَيَّنٍ، وَفِي نَائِبِهِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ خِلاَفٌ، وَالقُضَاةُ لاَ يَنْعَزِلُونَ بِمَوْتِ الإِمَامِ وَٱنْعِزَالِهِ لِلضَّرَرِ.

(الثَّالِثَةُ) لَوْ قَالَ بَعْدَ العَزْلِ: قَضَيْتُ بِكَذَا، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلاَّ بِحُجَّةٍ، وَلَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ، إِنَّ هَذَا قَضَىٰ بِهِ قَاضٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ نَفْسَهُ، فَوَجْهَانِ، وَقَبْلَ العَزْلِ يُقْبَلُ (م) قَوْلُهُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

(الرَّابِعَةُ): لَوِ ٱدَّعَىٰ عَلَىٰ مَعْزُولٍ رِشْوَةً، أَحْضَرَهُ القَاضِي، وَفَصَلَ الخُصُومَةَ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَخَذَ المَالَ مِنِّي بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الأَخْذَ، فَفِي سَمَاعِ الدَّعْوَىٰ وَجْهَانِ؛ إِذْ فِي وُجُوبِ الغُرْمِ عَلَى القَاضِي خِلاَفٌ (و)[3]، إِذَا لَمْ يَأْخُذْ، وَلَوْ قَالَ نَائِبُ المَعْزُولِ: أَخَذْتُ هَذَا المَالَ أُجْرَةَ عَمَلِي، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ صَدَّقَهُ المَعْزُولُ إِلاَّ بِحُجَّةٍ، وَهَلْ يَكْفِيهِ يَمِينُهُ فِي مِقْدَارِ أُجْرَةِ المِثْلِ؟ فِيهِ

---

(١) قال الرافعي: «التحكيم جائز على أضعف القولين» قال المعظم: هو أقوى القولين. [ت]

(٢) قال الرافعي: وهل يجب استناف الرضا بعد الحكم لنفوذه، فيه وجهان» قيل قولان. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن لم يذكر الأخذ، وذكر الحكم عليه، ففي سماع الدعوى وجهان إذ في وجوب الغرم على القاضي خلاف» أي بالحكم بشهادة العبدين، ومن في معناهما، والذي أورده معظم الأصحاب أن الدعوى مسموعةً لا محالة، وذكروا وجهين في أنه هل يحضر ليجيب عن الدعوى أولا يحضر إلا ببينة؟ [ت]

وَجْهَانِ.

(اَلْبَابُ الثَّانِي: فِي جَامِعِ آدَابِ القَضَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ:)

(الفَصْلُ الأَوَّلُ: في آدابِ مُتَفرِّقَةٍ)، وَهِيَ عَشَرَةُ آدابٍ:

(الأَدَبُ الأَوَّلُ): أَنْ يُشِيعَ الوِلاَيَةَ قَبْلَ قُدُومِهِ، فَإِنْ قَدِمَ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ ولاَ كِتَابٍ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ كِتَابٌ من غَيْرِ شَاهِدَيْنِ، فَفِي لُزُومِ الطَّاعَةِ بِمُجَرَّدِهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ تَظْهَرُ أَمَارَةُ التَّلْبِيسِ يَجُوزُ التَّوَقُّفُ لاَ مَحَالَةَ.

(الثَّانِي): أَنَّهُ كَمَا قُدِّمَ يُفَتِّشُ عَنِ المَحْبُوسِينَ، فَيُطْلِقُ كُلَّ مَنْ حُبِسَ بِظُلْمٍ، أَوْ فِي تَعْزِيرٍ، وَمَنْ أَقَرَّ بِالحَقِّ، رُدَّ إِلَى الحَبْسِ، وَمَنْ قَالَ: أَنَا مَظْلُومٌ، أُطْلِقَ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ حَضَرَ خَصْمُهُ، فَلْيَسْتَأْنِفِ الخُصُومَةَ، وَلْيُقِمِ الحُجَّةَ عَلَىٰ أَنَّ القَاضِي المَصْرُوفَ حَكَمَ عَلَيْهِ بِالحَقِّ، وَإِنْ قَالَ المَحْبُوسُ: لاَ أَدْرِي، لِمَ حُبِسْتُ، نُودِيَ عَلَيْهِ فِي طَلَبِ خَصْمِهِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ، أُطْلِقَ، وَإِنْ ذَكَرَ خَصْماً غَائِباً، وَزَعَمَ أَنَّهُ مَظْلُومٌ فَإِطْلاَقُهُ أَوْلَىٰ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُطْلَقُ، فَيُرَاقَبُ، وَلاَ يُخَلَّىٰ، وَلاَ يُحْبَسُ إِلَىٰ أَنْ يَحْضُرَ خَصْمُهُ. وَيُكْتَبُ إِلَىٰ خَصْمِهِ، لِيُعجِّلَ، فَإِنْ لَمْ يُعَجِّلْ، أُطْلِقَ، وَإِذَا فَرَغَ مِنَ المَحْبُوسِينَ، نَظَرَ فِي الأَوْصِيَاءِ وَمَالِ الأَطْفَالِ؛ إِذْ لاَ رَافِعَ لِوَقَائِعِهِمْ إِلَيْهِ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَتَرَوَّى بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَرْتِيبِ الْكَاتِبِ، وَالمُزَكِّي وَالمُتَرْجِمِ، وَلْيَكُنِ الكَاتِبُ عَدْلاً عَاقِلاً عَفِيفاً عَنِ المَطَامِعِ، وَيُشْتَرَطُ العَدَدُ فِي المُزَكِّي وَالمُتَرْجِمِ، دُونَ الكَاتِبِ، وَفِي عَدَدِ المُسْمِعِ، إِذَا كَانَ بِالقَاضِي صَمَمٌ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ؛ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الخَصْمُ أَصَمَّ، فَيَعْجَزَ عَنِ الإِنْكَارِ، لَوْ غَيَّرَ المُسمِعَ، فَإِنْ شَرَطَ العَدَدَ، فَفِي ٱشْتِرَاطِ لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ، فَفِي ٱعْتِبَارِ الحُرِّيَّةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ طَلَبَ المُسْمِعُ أُجْرَةً، فَهَلْ يَجِبُ فِي مَالِ صَاحِبِ الحَقِّ؟ وَجْهَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَّخِذَ لِلقَضَاءِ مَجْلِساً رَفِيعاً فَسِيحاً، لاَ يَتَأَذَّىٰ فِيهِ بِبَرْدٍ وَلاَ حَرٍّ، فَيَمَلَّ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَتَّخِذَ المَسْجِدَ مَجْلِساً لِلقَضَاءِ، فَتَرْتَفِعَ فِيهِ الأَصْوَاتُ، وَلاَ يُكْرَهُ فَصْلُ قَضَايَا مُتَفَرِّقَةٍ فِي المَسْجِدِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَّخِذَ بَوَّاباً وَحَاجِباً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الخَامِسُ): لاَ يَقْضِي فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ، وَحَالَةٍ يُسْرِعُ إِلَيْهِ الغَضَبُ فِيهَا، أَوْ يَذْهَشُ عَنْ تَمَامِ الفِكْرِ، وَمَا يَحْكُمُ بِهِ، فَيَكْتُبُ بِهِ مَحْضَراً دِيوَانِيّاً يَحْفَظُهُ فِي خَرِيطَةٍ مَخْتُومَةٍ؛ حَتَّىٰ لاَ يَنْسَىٰ، وَيُعْطِي صَاحِبَ الحَقِّ مِنْهُ نُسْخَةً أُخْرَىٰ، وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ، إِنْ طَلَبَهُ صَاحِبُ الحَقِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(السَّادِسُ): أَنْ يَخْرُجَ بَعْدَ ٱجْتِمَاعِ الفُقَهَاءِ، وَيُشَاوِرَهُمْ؛ لِتَنْتَفِيَ التُّهْمَةُ.

(السَّابِعُ) أَلاَّ يَشْتَرِيَ بِنَفْسِهِ، وَلاَ بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ؛ حَتَّىٰ لاَ يُسَامَحَ فِي البَيْعِ.

وَلاَ يَقْبَلَ هَدِيَّةً مِمَّنْ لَهُ خُصُومَةٌ، فَإِنْ قَبِلَهَا، فَهُوَ سُحْتٌ، وَفِي دُخُولِهِ فِي مِلْكِهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لاَ خُصُومَةَ لَهُ، فَلاَ يَحْرُمُ أَخْذُهُ، وَالأَوْلَىٰ أَلاَّ يَأْخُذَ أَوْ يُثِيبَ عَلَيْهِ، إِنْ أَخَذَ.

(الثَّامِنُ): أَلاَّ يُعزِّرَ مَنْ أَسَاءَ أَدَبَهُ في مَجْلِسِهِ إِلاَّ بَعْدَ الزَّجْرِ بِاللِّسَانِ وَالإِصْرَارِ، فَإِنْ ظَهَرَ كَذِبُ الشَّاهِدِ، عَزَّرَهُ عَلَى المَلأِ وَنَادَىٰ عَلَيْهِ.

(التَّاسِعُ): لاَ يَقْضِي لِوَلَدِهِ، وَلاَ عَلَىٰ عَدُوِّهِ، بَلْ يُحِيلُ عَلَىٰ غَيْرِهِ، فَإِنْ قَضَىٰ بِنَفْسِهِ، فَفِي النُّفُوذِ وَجْهَانِ، فَإِنْ مَنَعْنَا قَضَاءَهُ، فَفِي نَائِبِهِ وَجْهَانِ، وَوَصِيُّ اليَتِيمِ، إِذَا وَلِيَ القَضَاءَ، قَضَىٰ لِلْيَتِيمِ؛ عَلَى الأَصَحِّ.

(العَاشِرُ): أَلاَّ يَنْقُضَ قَضَاءَ نَفْسِهِ وَقَضَاءَ غَيْرِهِ، إِلاَّ إِذَا خَالَفَ أَمْراً مَقْطُوعاً بِهِ، أَوْ مَظْنُوناً بِخَبَرِ وَاحِدٍ، أَوْ بِقِيَاسٍ جَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْقُضْ عُمَرُ قَضَاءَهُ، فِي مَسْأَلَةِ المُشَرَّكَةِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْقُضُ قَضَاءَ مَنْ حَكَمَ بِنِكَاحِ المَفْقُودِ زَوْجُهَا بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ، مَعَ أَنَّهُ مَذْهَبُ عُمَرَ، وَيَنْقُضُ قَضَاءُ الحَنَفِيِّ فِي خِيَارِ المَجْلِسِ، وَالعَرَايَا[1]، وَذَكَاةِ الجَنِينِ؛ لِظُهُورِ الخَبَرِ، وَفِي القَتْلِ بِالمُثَقَّلِ؛ لِظُهُورِ القِيَاسِ، وَإِذَا لَمْ يَنْقَدِحْ فِي نَفْسِهِ إِمْكَانُ الصَّوَابِ ٱنْقِدَاحاً لَهُ وَقْعٌ مَا، فَلَهُ النَّقْضُ، ثُمَّ الحُكْمُ عِنْدَ اللهِ فِي البَاطِنِ لاَ يَتَغَيَّرُ (ح)، وَلاَ يَحِلُّ لِلشَّفْعَوِيِّ شُفْعَةُ الجَارِ، وَإِنْ قَضَىٰ بِهَا لَهُ الحَنَفِيُّ[2]، وَلَكِنَّ القَاضِيَ لاَ يَمْنَعُهُ مِنَ الطَّلَبِ، ٱعْتِمَاداً عَلَى ٱعْتِقَادِ نَفْسِهِ.

(الفَصْلُ الثَّانِي: فِي مُسْتَنَدِ قَضَائِهِ)، وَإِنَّمَا يَقْضِي بِالحُجَّةِ، وَلاَ يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ[3]، لَكِنْ إِنْ عَلِمَ فِسْقَ الشَّاهِدِ أَوْ كَذِبَهُ، تَوَقَّفَ عَنِ القَضَاءِ، وَيُغْنِيهِ عِلْمُهُ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ عَنِ المُزَكِّينَ، وَيَقْضِي عَلَىٰ مَنْ أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ دُونَ مَنْ أَقَرَّ عِنْدَهُ سِرّاً، وَلاَ يَكْفِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَعَ عِلْمِهِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَأَمَّا الخَطُّ، فَلاَ يَعْتَمِدُهُ الشَّاهِدُ، وَلاَ القَاضِي، إِذَا لَمْ يَتَذَكَّرْ لإِمْكَانِ التَّزْوِيرِ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الخَطُّ مَحْفُوظاً عِنْدَهُ، وَأَمِنَ التَّحْرِيفَ، فَهَذَا يُسَلَّطُ عَلَىٰ رِوَايَةِ الحَدِيثِ، وَهَلْ يُسَلَّطُ عَلَى الحُكْمِ وَالشَّهَادَةِ؟ المَشْهُورُ؛ أَنَّهُ لاَ يُسَلَّطُ، وَفِيهِ وَجْهٌ.

وَلَيْسَ لِلْمُحَدِّثِ الرِّوَايَةُ مَعَ ٱحْتِمَالِ التَّحْرِيفِ وَالغَلَطِ، وَلَهُ أَن يَحْلِفَ؛ ٱعْتِمَاداً عَلَىٰ خَطِّ أَبِيهِ، إِذَا غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ، وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَ القَاضِي شَاهِدَانِ بِقَضَائِهِ، وَلَمْ يَتَذَكَّرْ، لَمْ يَقْضِ بِهِ، وَالمُحَدِّثُ يُحَدِّثُ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ بِحَدِيثِهِ، فَيَقُولُ: حَدَّثَنِي فُلاَنٌ. عَنِّي، وَلِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يَقْضِيَ بِالشَّاهِدَيْنِ عَلَىٰ قَضَائِهِ، إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهُمَا، وَمَنِ ٱدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ أَنَّهُ قَضَىٰ لَهُ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّحْلِيفُ؛ كَمَا لاَ يُحَلَّفُ الشَّاهِدُ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّسْوِيَةِ): وَلْيُسَوِّ بَيْنَ الخَصْمَيْنِ فِي القِيَامِ وَالنَّظَرِ وَجَوَابِ السَّلاَمِ وَأَنْوَاعِ الإِكْرَامِ، وَلَهُ أَنْ يَرْفَعَ المُسْلِمَ عَلَى الذِّمِّيِّ فِي المَجْلِسِ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ: مَنِ المُدَّعِي

---

(١) قال الرافعي: «وينقض قضاء الحنفي في خيار المجلس والعرايا» هذا وجه من الأصحاب من ذهب إلى منع النقض، ورجحه مرجحون. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يحل للشفعوي شفعة الجار إن قضى بها له الحنفي» هذا وجه، ورجح جماعة من الأصحاب منهم صاحب «التهذيب» الحلّ وقالوا: ينفذ قضاؤه في محل الاختلاف ظاهراً أو باطناً. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولا يقضي بعلمه على أصح القولين» الأصح عند عامة الأصحاب أنه يقضي. [ت]

مِنكُمَا، فَإِذَا ٱدَّعَىٰ، طَالَبَ الثَّانِي بَالجَوَابِ، فَإِنْ أَقَرَّ، ثَبَتَ الحَقُّ مِنْ غَيْرِ قَوْلِهِ: «قَضَيْتُ»؛ عَلَى الأَصَحِّ، وَإِنْ أَنكَرَ، قَالَ لِلمُدَّعِي: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ: لاَ بَيِّنَةَ لِي، ثُمَّ جَاءَ بِبَيِّنَةٍ، سُمِعَتْ؛ عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، فَلَعَلَّهُ تَذَكَّرَ، فَإِنْ تَزَاحَمَ المُدَّعُونَ، قُدِّمَ السَّابِقُ، فَإِنْ تَسَاوَوْا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، وَلاَ يُقَدَّمُ لِشَرَفٍ إِلاَّ المُسَافِرُ المُسْتَوْفِزُ، وَالمَرْأَةُ، فَيُقَدِّمُهُمَا إِنْ رَأَىٰ فِيهِ مَصْلَحَةً، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُ المُفْتِي وَالمُدَرِّسُ عِنْدَ التَّزَاحُمِ، ثُمَّ السَّابِقُ بِالقُرْعَةِ يَقْنَعُ بِخُصُومَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلاَ يَزِيدُ، وَإِنِ ٱتَّحَدَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الدَّعْوَىٰ، فَقَالَ الآخَرُ: كُنْتُ أَنَا المُدَّعِي، لَمْ يَنْفَعْهُ، بَلْ يُجِيبُ أَوَّلاً، ثُمَّ يَدَّعِي، وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يَحْضُرَ وَلاَئِمَ الخَصْمَيْنِ، وَلاَ بَأْسَ بِوَلِيمَةِ غَيْرِهِمَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ هُوَ المَقْصُودَ بِالدَّعْوَةِ.

(الفَصْلُ الرَّابِعُ فِي التَّزْكِيَةِ) وَيَجِبُ عَلَى القَاضِي ٱلاسْتِزْكَاءُ، مَهْمَا شَكَّ وَإِنْ سَكَتَ الخَصْمُ إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ الخَصْمُ بِعَدَالَتِهِمَا، وَلْيَكْتُبْ إِلَى المُزَكِّينَ ٱسْمَ الشَّاهِدَيْنِ وَالخَصْمَيْنِ، فَلَعَلَّهُ يَعْرِفُ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةً.

وَقِيلَ: يَكْتُبُ قَدْرَ المَالِ أَيْضاً، فَرُبَّمَا يَعْدِلُ فِي اليَسِيرِ دُونَ الكَثِيرِ.

وَقِيلَ: العَدَالَةُ لاَ تَتَجَزَّأُ.

وَصِفَةُ المُزَكِّي كَصِفَةِ الشَّاهِدِ، لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ خَبِيراً بِبَاطِنِ مَنْ يُعَدِّلُهُ بِصُحْبَةٍ مَعَهُ، وَلاَ يَعْتَمِدُ فِي الجَرْحِ إِلاَّ العِيَانَ.

وَلَهُ أَنْ يَحْكُمَ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، إِنْ نَصَّبَ حَاكِماً فِي التَّعْدِيلِ، وَيَجِبُ أَنْ يُشَافِهَ القَاضِي بِهِ، وَيَأْتِيَ بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، فَيَقُولَ: أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ، فَرُبَّ عَدْلٍ مُغَفَّلٍ لاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَلاَ تَكْفِي الرُّقْعَةُ مَعَ شَهَادَةِ رَسُولَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الجَرْحِ دُونَ التَّعْدِيلِ، فَإِنِ ٱرْتَابَ القَاضِي بَعْدَ التَّزْكِيَةِ لِتَوَهُّمِ غَلَطِ الشَّاهِدِ، فَلْيَبْحَثْ وَلْيَسْأَلْ عَنِ التَّفْصِيلِ[1]، فَرُبَّمَا يَخْتَلِفُ كَلاَمُ الشَّاهِدِ، فَإِنْ أَصَرَّ عَلَىٰ إِعَادَةِ الكَلاَمِ الأَوَّلِ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى القَاضِي الحُكْمُ بَعْدَ البَحْثِ، وَإِنْ بَقِيَتِ الرِّيبَةُ، وَبَيِّنَةُ الجَرْحِ تُقَدَّمُ عَلَىٰ بَيِّنَةِ التَّعْدِيلِ، وَقَوْلُ الوَاحِدِ فِي الجَرْحِ لاَ يُقَابِلُ بَيِّنَةَ التَّعْدِيلِ، وَلاَ يَجُوزُ الجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ بِالتَّسَامُعِ، وَإِنْ شَهِدَ مَرَّةً أُخْرَىٰ، رَجَعَ المُزَكِّي ثَانِياً إِنْ طَالَ الزَّمَانُ.

(ٱلْبَابُ الثَّالِثُ: فِي القَضَاءِ عَلَى الغَائِبِ)

وَهُوَ نَافِذٌ (ح و)، وَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ بِأَرْكَانٍ:

(الرُّكْنُ الأَوَّلُ: الدَّعْوَىٰ)، وَلْيَكُنْ مَعْلُوماً، أَعْنِي جِنْسَ المَالِ وَقَدْرَهُ، وَصَرِيحاً، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي مُطَالِبٌ بِهِ، وَلاَ يَكْفِي قَوْلُهُ: لِي عَلَيْهِ كَذَا، وَلْيَكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ، وَيَدَّعِي جُحُودَ الغَائِبِ، وَإِنْ

---

(١) قال الرافعي: «فإن ارتاب القاضي بعد التزكية لتوهّم الشاهد فليبحث وليسأل عن التفصيل» فيه أمر بالبحث والاستفصال بعد التزكية والأظهر ما ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم أنه يقدم البحث والاستفصال على الاسترجاع. [ت]

أَقَرَّ بِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ، لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِجُحُودِهِ، فَوَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المُدَّعِي)، وَيُحَلِّفُهُ القَاضِي بَعْدَ البَيِّنَةِ عَلَى عَدَمِ الإِبْرَاءِ وَالاسْتِيفَاءِ وَالاعْتِيَاضِ[1]، وَيَجِبُ ذَلِكَ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ مَيِّتٍ، وَجَبَ؛ وَجْهاً وَاحِداً[2]، وَلاَ يَجِبُ التَّعَرُّضُ فِي اليَمِينِ؛ لِصِدْقِ الشُّهُودِ، وَإِنِ ادَّعَى وَكِيلُهُ عَلَى الغَائِبِ، فَلاَ يُمْكِنُ اليَمِينُ، وَيُسَلَّمُ الحَقُّ، بَلْ لَوْ قَالَ المُدَّعَى عَلَيْهِ الحَاضِرُ لِوَكِيلِ المُدَّعِي: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ الغَائِبُ، لَمْ يَنْفَعْهُ بَلْ يُسَلِّمُ المَالَ، ثُمَّ يُثْبِتُ الإِبْرَاءَ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: كَيْفِيَّةُ إِنْهَاءِ الحُكْمِ إِلَى القَاضِي الآخَرِ)، وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى تَفْصِيلِ حُكْمِهِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ مَخْتُومٍ، وَالاعْتِمَادُ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَلَوْ شَهِدَ بِخِلاَفِ مَا فِي الكِتَابِ، جَازَ، وَلَوْ قَالَ القَاضِي: أَشْهَدْتُكُمَا عَلَى أَنَّ مَا فِي الكِتَابِ خَطِّي، لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ، فَلَوْ قَالَ: مَا فِي الكِتَابِ حُكْمِي، فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَكْفِي، مَا لَمْ يُفَصِّلْ لَهُمَا مَا حَكَمَ بِهِ، وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ: أَشْهَدْتُكَ عَلَى مَا فِي القَبَالَةِ، وَأَنَا عَالِمٌ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي حَتَّى إِذَا حَفِظَ الشَّاهِدُ القَبَالَةَ، أَوْ مَا فِيهَا، وَشَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ، جَازَ؛ إِذِ الإِقْرَارُ بِالمَجْهُولِ صَحِيحٌ، ثُمَّ لِلشَّاهِدِ عَلَى الحُكْمِ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَعِنْدَ غَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبِ (ح) القَاضِي فِي كِتَابِهِ، أَنَّهُ إِلَى من يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ القُضَاةِ، وَكَذَلِكَ يشهدُ (ح)، وَإِنْ مَاتَ الكَاتِبُ وَالمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَلْيَكُنْ عَدَالَةُ شُهُودِ الكِتَابِ وَخَتْمُهُ ظَاهِرَةً عِنْدَ المَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَلاَ يَكْفِي تَعْدِيلُهُمَا فِي ذَلِكَ الكِتَابِ الَّذِي كُتِبَ إِلَيْهِ، لأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَلْيُذْكَرْ فِي الكِتَابِ اسْمُ المَحْكُومِ عَلَيْهِ وَاسْمُ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَحِلْيَتُهُ، بِحَيْثُ يَتَمَيَّزُ بِهِ، وَإِنِ ادَّعَى المَأْخُوذُ، أَنَّ فِي البَلَدِ مَنْ يُشَارِكُهُ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ، وَأَظْهَرَهُ، انْصَرَفَ القَضَاءُ عَنْهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَهُ مُسَمًّى بِذَلِكَ الاسْمِ، حلفَ، وَانْصَرَفَ عَنْهُ القَضَاءُ، وَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ المُدَّعِي، تَوَجَّهَ الحُكْمُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى نَفْيِ الاسْمِ، بَلْ عَلَى أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَصَّرَ القَاضِي، فَلَمْ يَكْتُبْ إِلاَّ أَنِّي حَكَمْتُ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ، فَالحُكْمُ بَاطِلٌ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ، أَنَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ، وَأَنَّهُ المَعْنِيُّ بِالكِتَابِ، وَلَكِنَّهُ أَنْكَرَ الحَقَّ لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ (و) بِالقَضَاءِ المُبْهَمِ فِي نَفْسِهِ، أَمَّا الكِتَابُ المُجَرَّدُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عَلَى الحُكْمِ، فَلاَ أَثَرَ لَهُ (م و)، وَلَوْ شَافَهَ القَاضِي الآخَرَ، لَمْ يَكْفِ؛ لأَنَّ السَّامِعَ وَالمُسْمِعَ لاَ بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ؛ فَلاَ يَصِحُّ سَمَاعُهُ وَلاَ يَصِحُّ إِسْمَاعُهُ إِلاَّ إِذَا جَوَّزْنَا قَاضِيَيْنِ فِي بَلْدَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ تَنَادَيَا مِنْ طَرَفَيْ وِلاَيَتِهِمَا، فَذَلِكَ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ، فَيُعْتَمَدُ، أَمَّا إِذَا كَانَ المُسْمِعُ فِي مَحَلِّ وَلاَيَتِهِ دُونَ السَّامِعِ، فَرَجَعَ السَّامِعُ إِلَى مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ، وَحَكَمَ بِهِ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَشَهَادَةٍ يَسْمَعُهَا فِي غَيْرِ وِلاَيَتِهِ، فَلاَ يَصِحُّ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا قَضَى عَلَى الغَائِبِ، أَمَّا لَوِ اقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ البَيِّنَةِ، وَكَتَبَ إِلَى قَاضٍ، آخَرَ؛ حَتَّى يَقْضِيَ، جَازَ مَهْمَا

---

(١) قال الرافعي: «ويحلفه القاضي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض ويجب ذلك على أحد الوجهين» قيل: هما قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان الدعوى على صبي أو مجنون أو ميت وجب وجهاً واحداً» الظاهر طرد الخلاف، وإن كان التحليف في هذه الصورة أولى. [ت]

ذَكَرَ ٱسْمَ شُهُودِ الوَاقِعَةِ، وَعَلَى المَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنْ يَبْحَثَ عَنْ عَدَالَةِ الشُّهُودِ، وَكَأَنَّ الأَوَّلَ نَابَ عَنْهُ في سَمَاعِ البَيِّنَةِ فَقَطْ، فَعَلَيْهِ التَّعْدِيلُ وَالحُكْمُ، فَإِنْ كَتَبَ الأَوَّلُ عَدَالَتَهُمَا، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، جَازَ أَنْ يَعْتَمِدَهُ، إِذَا رَأَىٰ ذَلِكَ[1]، ثُمَّ الخَصْمُ إِنِ ٱدَّعَىٰ جَرْحاً، فَلْيُظْهِرْهُ بِشَاهِدَيْنِ، وَيُمْهَلُ ثَلَاثَةَ (و) أَيَّامٍ، وَإِنْ قَالَ: لاَ أَتَمَكَّنُ مِنْ جَرْحِهِمْ إِلاَّ فِي بِلَادِهِمْ، فَلاَ يُمَكَّنُ مِنْهُ، بَلْ يُسَلَّمُ المَالَ، ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ ٱلجَرْحُ، ٱسْتَرَدَّ.

(فَرْعٌ): لَوْ كَانَ فِي البَلَدِ قَاضِيَانِ، وَجَوَّزْنَا ذَلِكَ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ سَمِعْتُ البَيِّنَةَ، فَٱقْضِ، فَجَوَازُ القَضَاءِ؛ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ ذَلِكَ نَقْلٌ لِلشَّهَادَةِ أَوْ حُكْمٌ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَقْلٌ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ مَعَ حُضُورِ الأَصْلِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حُكْمٌ[2]، وَلَوْ كَانَ نَقْلاً، لَمَا ٱكْتَفَىٰ، بِقَوْلِ وَاحِدٍ عِنْدَ الغَيْبَةِ، لَكِنَّهُ حُكْمٌ بِقِيَامِ البَيِّنَةِ فَقَطْ.

(الرُّكْنُ: الرَّابِعُ المَحْكُومُ بِهِ)، وَذَلِكَ لاَ يَخْفَىٰ فِي الدَّيْنِ وَالعَقَارِ الَّذِي يُمْكِنُ تَعْرِيفُهُ بِالحَدِّ، أَمَّا العَبْدُ وَالفَرَسُ وَمَا يَتَمَيَّزُ بِعَلَامَةٍ، فَإِنْ كَانَ غَائِباً، فَفِي الحُكْمِ عَلَى غَيْبَتِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:[3]

(أَحَدُهَا): أَنهُ يَجُوزُ (ح و) التَّعْرِيفُ بِالْحِلْيَةِ؛ كَالمَحْكُومِ عَلَيْهِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ كَالكِرْبَاسِ وَسَائِرِ الأَمْتِعَةِ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمِ بِقِيمَتِهِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ القِيمَةِ ولا يَجِبُ ذِكْرُ الصِّفَاتِ، وَلاَ بَأْسَ لَوْ ذَكَرَهَا فِي الكِتَابِ، أَمَّا قِيمَةُ العَقَارِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالعَيْنِ لاَ يَجِبُ ذِكْرُ قِيمَتِهِ؛ عَلَى الأَصَحِّ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يَسْمَعُ البَيِّنَةَ، وَلاَ يَقْضِي، بَلْ يَكْتُبُ بِالسَّمَاعِ إِلَى القَاضِي الآخَرِ، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَيْنَ العَبْدِ المَوْصُوفِ إِلَيْهِ لِيَحْمِلَهُ إِلَىٰ بَلَدِ الشُّهُودِ؛ لِيُعَيِّنُوهُ بِالإِشَارَةِ، وَيَلْزَمُهُ كَفِيلٌ بِالبَدَنِ؛

---

(١) قال الرافعي: «فإن كتب الأوّل عدالتهما وأشهد عليه جاز أن يعتمده إن رأى ذلك» ظاهره يقتضي جواز البحث والاستزكاء للثاني، والقياس أن يأخذ بذلك التعديل؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة إن كان حكماً بقيام البينة، فلا حاجة إلى البحث، وعليه الأخذ بقوله: قامت عندي بينة عادلة، وإن كان نقلاً للشهادة، فشاهد الفرع إذا زكّى شاهد الأصل، وهو في أهل التعديل كفر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «لو كان في البلد قاضيان، وجوزنا ذلك فقال أحدهما للآخر: سمعت البينة فاقضِ إلى قوله والظاهرأنه حكم» اختار الإمام وصاحب الكتاب أن إنهاء الحال إلى القاضي الآخر حكم بقيام البينة فيجوز للقاضي الآخر الحكم، وعامة الأصحاب منعوا منه، وكان إنهاء الحال إلى القاضي الآخر عندهم نقل لشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، ولا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول. [ت]
وقال أيضاً: «فقال أحدهما للآخر: سمعت البينة فاقض» كلمة «فاقض» ليست بشرط في صورة المسألة، بل إذا جوزنا القضاء للآخر كفى قوله: سمعت البينة [ت]

(٣) قال الرافعي: «أما العبد والفرس وما يتميز بعلامةٍ فإن كان غائباً ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال... إلى آخرها» أي في الحكم وسماع البينة اتبع في هذا الامام حيث قال: ما يمكن تعريفه بالصفات والحلي كالرقيق والدواب فيه الأقوال الثلاثة، وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس، فلا ترتبط الدعوى والحكم بعينها، بل بالقيمة، وعامة الأصحاب لم يفرقوا، وقالوا: جميع المنقولات إذا كانت عامة على الأقوال الثلاثة. [ت]

لِيَأْخُذَ العَبْدَ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ.

وَفِي وَجْهٍ: لاَ يَكْفِي ذٰلِكَ، بَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ العَبْدَ، وَيَضْمَنَ عَنْهُ الثَّمَنَ ضَامِنٌ.

فَإِنْ ثَبَتَ مِلكُهُ فِيهِ، بَانَ بُطْلاَنُ الشِّرَاءِ.

وَفِي وَجْهٍ: يَلْزَمُ تَسْلِيمُ القِيمَةِ، فِي الحَالِ[1]؛ لِلحَيلُولَةِ، ثُمَّ يَسْتَرِدُّ لَوْ ثَبَتَ مِلْكُهُ.

أَمَّا إِذَا كَانَ المَحْكُومُ عَلَيْهِ حَاضِراً، وَالعَبْدُ حَاضِرٌ، وَلَمْ يَحْضُرْهُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، طُولِبَ بِإِحْضَارِهِ بَعْدَ قِيَامِ الحُجَّةِ عَلَى الصِّفَةِ[2]، وَإِنْ عَرَفَ القَاضِي العَبْدَ، حَكَمَ بِهِ دُونَ الإِحْضَارِ، وَإِنْ أَنْكَرَ وُجُودَ مِثْلِ هَذَا العَبْدِ فِي يَدِهِ، فَعَلَى المُدَّعِي بَيِّنَةٌ عَلَىٰ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ أَوْ حَلَفَ بَعْدَ نُكُولٍ، اسْتَفَادَ بِهِ حَبْسَهُ إِلَىٰ أَنْ يُحْضِرَهُ وَيَتَخَلَّدَ عَلَيْهِ الحَبْسُ، فَلاَ يَتَخَلَّصُ إِلاَّ بِإِحْضَارِهِ أَوْ دَعْوَى التَّلَفِ؛ حَتَّىٰ تُقْبَلَ مِنْهُ القِيمَةُ، وَتُقْبَلُ دَعْوَى التَّلَفِ لِلضَّرُورَةِ؛ كَيْلاَ يَتَخَلَّدَ الحَبْسُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَىٰ أَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ هَذَا العَبْدُ المَوْصُوفُ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، بَطَلَ الدَّعْوَىٰ، فَسَبِيلُ المُدَّعِي، إِذَا عَلِمَ؛ أَنَّهُ يَحْلِفُ ـ أَنْ يُحَوِّلَ الدَّعْوَىٰ إِلَى القِيمَةِ؛ فَإِنَّ ذٰلِكَ يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الصِّفَةِ.

فَلَوْ قَالَ: أَدَّعِي عَبْداً قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ، فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّ العَيْنَ أَوْ القِيمَةَ، فَفِي صِحَّةِ الدَّعْوَى مَعَ التَّرَدُّدِ وَجْهَانِ، وَاصْطَلَحَ القُضَاةُ عَلَىٰ قَبُولِهَا لِلحَاجَةِ.

(فَرْعٌ): لَوْ أَحْضَرَ العَبْدَ الغَائِبَ، فَلَمْ يَثْبُتْ مِلْكُ المُدَّعِي، فَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ الإِحْضَارِ، وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ، وَلاَ يُغَرَّمُ مَنْفَعَةَ العَبْدِ الَّتِي تَعَطَّلَتْ؛ كَمَا لاَ يُغَرَّمُ مَنْفَعَةَ المَحْكُومِ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ هَذَا لِلحَاجَةِ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ: المَحْكُومُ عَلَيْهِ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ غَائِباً (و) فَوْقَ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، فَإِنْ كَانَ فِي البَلَدِ، فَالصَّحِيحُ(و) أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ سَمَاعُ البَيِّنَةِ دُونَ حُضُورِهِ، وَإِنْ تَوَارَىٰ أَوْ تَعَذَّرَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يُقْضَىٰ عَلَيْهِ كَالغَائِبِ، وَمَهْمَا غَابَ إِلَىٰ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، وَلَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعِهِ حَاكِمٌ، جَازَ لِلقَاضِي إِحْضَارُهُ، وَلٰكِنْ بَعْدَ إِقَامَةِ (و) البَيِّنَةِ، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ، فَلاَ، وَإِنْ كَانَ لِلغَائِبِ مَالٌ فِي البَلَدِ، وَجَبَ التَّوْفِيَةُ مِنْهُ، وَهَلْ يُطَالَبُ بِكَفِيلٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): فِي القَضَاءِ عَلَى الغَائِبِ فِي العُقُوبَاتِ قَوْلاَنِ، وَلاَ يُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي،

---

(١) قال الرافعي: «ويلزمه كفيل بالبدن إلى قوله وفي وجه يلزم تسليم القيمة في الحال» وقوله في وجه لا يكفي ذلك ــ المشهور من هذا الخلاف القول لا الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، أو العبد حاضراً ولم يحضر المدعى عليه طولب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة». هذا التقييد غير مساعد عليه، بل يجب إحضاره قبل البَيِّنَةِ على الصِّفَة، ومهما غاب إلى مسافة العدوى، ولم يكن في موضعه حاكم جاز للقاضي إحضاره، ولكن بعد قيام البينة، ووجه بأنه قد لا يكون له حجة فيتضرر المطلوب بالإحضار ولم يتعرض الأكثرون لذلك ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه، وعن جهتها، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده القاضي كالذمي يريد مطالبة المسلم بضمان الخمر. [ت]

وَلاَ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي عُقُوبَةٍ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَفِي القِصَاصِ أَوْلَىٰ بِالقَبُولِ مِنَ الحُدُودِ.

(الثَّانِي): لَوْ عُزِلَ القَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ البَيِّنَةِ، ثُمَّ وُلِّيَ، وَجَبَ ٱلاسْتِعَادَةُ، وَلَوْ خَرَجَ مِنْ وِلاَيَتِهِ ثُمَّ عَادَ، فَفِي ٱلاسْتِعَادَةِ وَجْهَانِ.

(الثَّالِثُ): المُخَدَّرَةُ لاَ تَحْضُرُ مَجْلِسَ الحُكْمِ لِلتَّحْلِيفِ، بَلْ يَبْعَثُ إِلَيْهَا القَاضِي مَنْ يُحَلِّفُهَا.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ يَلْزَمُهَا الحُضُورُ.

وَقِيلَ: المُخَدَّرَةُ هِيَ الَّتِي لا تَخْرُجُ أَصْلاً إِلاَّ لِلضَّرُورَةِ.

وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لاَ تَخْرُجُ إِلَىٰ الحَمَّامِ، وَإِلَى العَزَاءِ وَالزِّيَارَاتِ إِلاَّ نَادِراً.

(الرَّابِعُ): لَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَ ٱمْرَأَةً خَارِجَةً عَنْ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ إِلاَّ إِذَا دَخَلَتْ وِلاَيَتَهُ، وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ حَاضِرٍ لِيَتِيمٍ غَائِبٍ عَنْ وِلاَيَتِهِ، لَكِنْ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الهَلاَكِ؛ كَمَا يَفْعَلُ فِي مَالِ كُلِّ غَائِبٍ، فَهَلْ لَهُ نَصْبُ القَيِّمِ فِي ذَلِكَ المَالِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

(ٱلْبَابُ الرَّابِعُ: فِي الْقِسْمَةِ)

وَهِيَ إِنْ كَانَتْ بِالإِجْبَارِ، فَهَلْ يُشْتَرَطُ العَدَدُ فِي القَاسِمِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَالمُقَوِّمُ يُشْتَرَطُ فِيهِ العَدَدُ، وَلَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِالتَّقْوِيمِ بِبَصِيرَةِ نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلْنَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ؛ لأَنَّهُ مُجَرَّدُ تَخْمِينٍ، وَيَحْكُمُ بِالعَدَالَةِ بِبَصِيرَةِ نَفْسِهِ[1].

وَأُجْرَةُ القَسَّامِ عَلَىٰ قَدْرِ الحِصَصِ، أَوْ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّؤُوسِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ؛ كَالشُّفْعَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَىٰ قَدْرِ الحِصَصِ قَطْعاً.

وَإِذَا كَانَ القَسَّامُ يُقَسِّمُ بِرِضَا الشُّرَكَاءِ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِٱسْتِئْجَارِهِ؛ فَيَجِبُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مَا سَمَّىٰ فِي الإِجَارَةِ، وَتَجِبُ فِي حِصَّةِ الطِّفْلِ، إِذَا طُولِبَ بِالقِسْمَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غِبْطَةٌ، لَكِنَّ القَيِّمَ لاَ يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ إِلاَّ عِنْدَ الغِبْطَةِ.

(وَٱعْلَمْ) أَنَّ الإِجْبَارَ إِنَّمَا يَجْرِي فِي قِسْمَةِ الإِفْرَازِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ قَابِلاً لِلْقِسْمَةِ إِلَىٰ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةِ الصِّفَاتِ، وَيَبْقَىٰ ٱلانْتِفَاعُ؛ كَذَوَاتِ الأَمْثَالِ، أَوْ كَالْكِرْبَاسِ وَالأَرْضِ.

(وَكَيْفِيَّةُ قِسْمَةِ الأَرْضِ) أَنْ تُقَسَّمَ بِالأَجْزَاءِ بِحَسَبِ أَقَلِّ الأَجْزَاءِ، فَإِنْ كَانَ الأَرْضُ بَيْنَ ثَلاَثَةٍ لِوَاحِدٍ نِصْفُهَا، وَلآخَرَ ثُلُثُهَا، ولآخَرَ سُدُسُهَا، قُسِّمَ بِسِتَّةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي المِسَاحَةِ، وَيَكْتُبُ أَسَامِيَ (و) المُلاَّكِ عَلَىٰ ثَلاَثِ رِقَاعٍ، وَيُدْرِجُهَا فِي بَنَادِقَ مُتَسَاوِيَةٍ يُخْرِجُهَا مَنْ لاَ يَعْرِفُ ذَلِكَ، وَيَقِفُ القَسَّامُ عَلَىٰ طَرَفِ الأَرْضِ، فَإِذَا خَرَجَ مَثَلاً ٱسْمُ صَاحِبِ النِّصْفِ، سُلِّمَ إِلَيْهِ الجُزْءُ الأَوَّلُ وَمَا يَلِيهِ إِلَىٰ تَمَامِ

---

(١) قال الرافعي: «ويحكم في العدالة ببصيرة نفسه» هذا مذكور في فصل مستند القضاء، وقال أيضاً: «وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه... إلى آخره» هذه طريقة، والأشبه أنه على الخلاف في القضاء بالعلم. [ت]

النِّصْفِ، ثُمَّ يَخْرُجُ ٱسْمُ الآخَرِ كَذَلِكَ. أَمَّا الطَّاحُونَةُ وَالحَمَّامُ وَمَا لاَ يَبْقَىٰ مُنْتَفَعاً بِهِ، لاَ يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى القِسْمَةِ، وَلَوْ مَلَكَ مِنْ دَارٍ عَشْراً لاَ يَصْلُحُ لِلمَسْكَنِ، لَوْ أَفْرَزَ، فَطَلَبَ القِسْمَةَ، فَلاَ يُجَابُ (ح م)؛ عَلَى الأَصَحِّ (و) وَلَوْ طَلَبَ صَاحِبُهُ، لَزِمَتْهُ الإِجَابَةُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، فَإِنْ كَانَ الحَمَّامُ كَبِيراً، يَبْقَى المَنْفَعَةُ بَعْدَ القِسْمَةِ إِنْ أُحدِثَ مُسْتَوْقَدٌ وَبِئْرٌ، فَفِي الإِجْبَارِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): إِذَا ٱدَّعَىٰ غَلَطاً فِي قِسْمَةِ الإِجْبَارِ، لَمْ يُسْمَعْ عَلَى قَسَّامِ القَاضِي دَعْوَاهُ، وَلاَ تَتَوَجَّهُ اليَمِينُ، لَكِنْ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ، أُعِيدَتِ القِسْمَةُ، وَإِنْ كَانَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي، وَقُلْنَا: إِنَّهُ بَيْعٌ، وَجَرَى لَفْظُ مِلْكٍ، فَلاَ يَنْفَعُهُ الغَلَطُ، بَلْ هُوَ كَالغَبْنِ؛ لاَ يُوجِبُ النَّقْضَ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ يُنْقَضُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِفْرَازٌ، فَتَوَجَّهُ اليَمِينُ، وَيُنْقَضُ عِنْدَ قِيَامِ البَيِّنَةِ، وَلَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ بَعْدَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ، نُقِضَتْ إِلاَّ إِذَا وَفَّوا بِالدَّيْنِ.

وقِيل: إِنَّهُ يَتَبَيَّنُ البُطْلاَنُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَلَوِ ٱسْتَحَقَّ بَعْضَ المَالِ شَائِعاً، ٱنْتَقَضَ فِي المُسْتَحَقِّ دُونَ البَاقِي.

وَقِيلَ: يُنْتَقَضُ؛ لِتَفَرُّقِ الصَّفَقَةِ.

(أَمَّا قِسْمَةُ التَّعْدِيلِ:) فَفِي الإِجْبَارِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ، وَهُوَ أَنْ يُخَلِّفَ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ بَنِينَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ مُتَسَاوِي القِيمَةِ، أَوْ عَبْداً وَطَاحُونَةً وَحَمَّاماً، أَوْ أَقْمِشَةً يُمْكِنُ تَعْدِيلُ سِهَامِها بِالقِيمَةِ، أَمَّا إِذَا خَلَّفَ قِطَعَ أَرْضٍ يَقْبَلُ قِسْمَةَ الإِفْرَازِ، فَلاَ يُجْبَرُ فِيهَا عَلَىٰ قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ أَصْلاً.

وَلَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ عَرْصَةٌ، وَالثُّلُثُ بِالمِسَاحَةِ، نُصِّفُ بِالقِيمَةِ؛ لِقُرْبِهِ مِنَ المَاءِ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ، وَلاَ يُنْظَرُ إِلَىٰ ذَلِكَ.

وَالدَّارُ المُخْتَلِفَةُ الأَبْنِيَةِ مِنْ جُمْلَةِ قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ، وَاللَّبِنَاتُ المُخْتَلِفَةُ القَوَالِبِ كَذَلِكَ، فَإِنْ تَسَاوَتِ القَوَالِبُ، فَيُجْبَرُ.

(أَمَّا قِسْمَةُ الرَّدِّ)، وَهُوَ أَنْ يُخَلِّفَ عَبْدَيْنِ، قِيمَةُ أَحَدِهِمَا أَلْفٌ، وَقِيمَةُ الآخَرِ سِتُّمِائَةٍ، فَلَوْ رَدَّ آخِذُ النَّفِيسِ مِائَتَيْن، ٱسْتَوَيَا، وَلاَ إِجْبَارَ عَلَىٰ هَذَا أَصْلاً، وَلَوِ ٱنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالخَسِيسِ، وَخُمُسِ النَّفِيسِ، لِتَزُولَ الشَّرِكَةُ عَنْ أَحَدِ العَبْدَيْنِ، ٱسْتَوَيَا، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ، أَنَّهُ لاَ يُجْبَرُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ أَصْلَ الشَّرِكَةِ قَائِمٌ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ كَقِسْمَةِ التَّعْدِيلِ.

ثُمَّ قِسْمَةُ المُتَشَابِهَاتِ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازُ حَقٍّ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ قِسْمَةَ التَّعْدِيلِ بَيْعٌ.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ.

ثُمَّ يَجِبُ الرِّضَا حَيْثُ لاَ يُجْبَرُ، وَيَكْفِي قَوْلُهُ: رَضِيتُ، بَعْدَ خُرُوجِ القُرْعَةِ، وَالرِّضَا قَبْلَهُ، هَلْ يَكْفِي؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: رَضِيتُ، مَا لَمْ يَقُلْ: رَضِيتُ بِالقِسْمَةِ، أَوْ قَاسَمْتُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ بَيْعٌ.

فَرْعَانِ:

الأَوَّلُ: القَنَاةُ وَالحَمَّامُ وَمَا لاَ يَقْبَلُ القِسْمَةَ تَجْرِي فِيهَا المُهَايَأَةُ، وَلَكِنْ لاَ يُجْبَرُ (و) عَلَيْهَا، وَلاَ تَلْزَمُ، بَلْ لَهُ الرُّجُوعُ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ في الحَالِ، أَمْ يَصْبِرُ إِلَىٰ أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَوْبَتَهُ، ثُمَّ يَرْجِعَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[1]، فَإِنْ جَوَّزْنَا، غُرِّمَ قِيمَةَ مَا ٱسْتَوْفَاهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الشُّرَكَاءُ، وَأَصَرُّوا، تَرَكْنَاهُمْ، وَلَمْ نَبِعْ عَلَيْهِمْ.

(الثَّانِي) لَوْ تَقَدَّمَ جَمَاعَةٌ، وَالتَمَسُوا القِسْمَةَ مِنَ القَاضِي، وَلاَ بَيِّنَةَ لَهُمْ عَلَى المِلْكِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يَجِبُ، وَيَكْتُبُ؛ أَنَّهُ قَسَّمَ بِقَوْلِهِمْ.

وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ (ح) بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

---

(١) قال الرافعي: «القناة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها المهايأة . . .إلى قوله: وجهان» قضيته إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء التوبة مع الحكم بنفى الإجبار في الابتداء، والأشهر الاقتصار على بناء وجهي الرجوع على الوجهين في الإجبار على المهايأة . . . ابتداء. [ت]

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوابٌ سِتَّةٌ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ)

وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالحُرِّيَّةُ وَالإِسْلَامُ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ أَصْلاً، وَلاَ عَلَىٰ كَافِرٍ، وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلاَثُ صِفَاتٍ:

(الأُولَى: العَدَالَةُ)، وَمَنْ يُقْدِمُ عَلَىٰ كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَىٰ صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ؛ لاَ تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الإِلْمَامُ بِكِذْبَةٍ أَوْ غِيبَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ، جَرَىٰ عَنْ هَفْوَةٍ، أَوْ فَتْرَةٍ، مَعَ آسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ، فَلاَ تُبْطِلُ الثِّقَةَ، وَاللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ (ح م و) وَالحَمَامِ (ح م) وَسَمَاعُ (و) الغِنَاءِ وَالرَّقْصُ (و) وَنَظْمُ الشِّعْرِ الَّذِي لاَ هَجْوَ فِيهِ وَلاَ فُحْشَ وَلاَ تَشْبِيبَ بِآمْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَماعُ الدُّفِّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ (و) جَلاَجِلُ؛ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلاَّ طَبْلَ المُخَنَّثِينَ، كُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ المُوَاظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَخْرِمُ المُرُوءَةَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ، فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا النَّرْدُ (ح و) وَسَمَاعُ الأَوْتَارِ وَالمَعَازِفِ وَالمِزْمَارِ العِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشَّرْبِ وَنَظْمُ الهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الحَرِيرِ وَالجُلُوسُ عَلَيْهِ وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَكِنْ لاَ تُرَدُّ (و) الشَّهَادَةُ بِالمَرَّةِ الوَاحِدَةِ، بَلْ بِالإِصْرَارِ إِلاَّ فِي بَلْدَةٍ يَعْظُمُ عِنْدَهُمْ سَمَاعُ الأَوْتَارِ، وَالإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِآلانْحِلاَلِ، وَلاَ يَخْلُو الإِنْسَانُ عَنْ غِيبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ[1] وَلَغْوٍ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ، فَلاَ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبَبِهَا إِلاَّ عِنْدَ الإِصْرَارِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الحَنَفِيَّ إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ، حُدَّ، وَقُبِلَتْ (م) شَهَادَتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يُحَدُّ.

وَوَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

(الوَصْفُ الثَّانِي: المُرُوءَةُ)، فَمَنْ يَرْتَكِبُ مَا لاَ يَلِيقُ بِأَمْثَالِهِ مِنَ المُبَاحَاتِ، بِحَيْثُ يُسْخَرُ بِهِ؛ كَالفَقِيهِ يَلْبَسُ القَبَاءَ وَالقَلَنْسُوَةَ، وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الأَسْوَاقِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ أَوِ الحَمَامِ أَوِ الرَّقْصِ أَوِ الغِنَاءِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَىٰ خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ، أَوْ قِلَّةِ مُبَالاَةٍ فِيهِ، فَتَسْقُطُ الثِّقَةُ بِقَوْلِهِ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالأَشْخَاصِ وَالأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ شَهَادَةَ الكَنَّاسِ وَالدَّبَّاغِ وَالحَجَّامِ وَالحَائِكِ وَذَوِي الحِرَفِ الخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لاَ يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ خَبَلٍ فِي العَقْلِ وَيَخْرِمُ المُرُوءَةَ.

(الوَصْفُ الثَّالِثُ: آلانْفِكَاكُ عَنِ التُّهْمَةِ)، وَلَهَا أَسْبَابٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَجُرَّ إِلَىٰ نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً؛ كَمَنْ يَشْهَدُ؛ أَنَّ فُلاَناً جَرَحَ مُوَرِّثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ

---

(١) قال الرافعي: «وليس يخلو الإنسان عن كذبة وغيبة ونميمة إلى آخره» يغني عنه قوله من قبل: «وأما الإلمام بكذبة أو غيبة أو صغيرة.... إلى آخره». [ت]

كَالعَاقِلَةِ، إِذَا شَهِدَتْ بِفِسْقِ شُهُودِ القَتْلِ الخَطَإِ، فَلاَ يُقْبَلُ، وَلَو شَهِدَ بِمَالٍ آخرَ لِمُوَرِّثِهِ المَجْرُوحِ أَوِ المَرِيضِ، قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرِكَةٍ، فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا، قُبِلَتِ (ح) الشَّهَادَاتُ (ح)؛ وَكَذَا رُفقَاءُ القَافِلَةِ في قَطعِ الطَّرِيقِ.

(الثَّانِي: البَعْضِيَّةُ)، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ وَالوَالِدِ (م)، بَلْ لِلفُرُوعِ، والأُصُولِ وَكُلِّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ[1]، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ، عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ بِالزِّنَا، مَعَ ثَلاَثَةٍ مِنَ العُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الوَلَدِ وَعَلَى الوَالِدِ (و)، وَإِنْ كَانَتْ (ح) بِعُقُوبَةٍ، وَفِي حَبْسِ الوَالِدِ بِدَيْنِ وَلَدِهِ وَجْهَانِ[2].

وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ، رُدَّ في حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ وَجْهَانِ[3]، لِتَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

(الثَّالِثُ: العَدَاوَةُ) فَلاَ تُقْبَلُ (ح) عَلَى العَدُوِّ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الغَضَبَ، وَتَحْمِلُ عَلَى الفَرَحِ بِالمُصِيبَةِ والغَمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالأَخِ، وَتُقْبَلُ (و م) شَهَادَةُ المُبْتَدِعَةِ؛ إِذِ الصَّحِيحُ (و) أَنَّهُمْ لا يُكَفَّرُونَ، وَلاَ تُقْبَلُ (و) شَهَادَةُ مَنْ يَطْعَنُ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَيَقْذِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا؛ لأَنَّها مُحْصَنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

(الرَّابِعُ: التَّغَافُلُ) فَرُبَّ عَدْلٍ يَكْثُرُ سَهْوُهُ وَوَهَمُهُ وَلاَ يَسْتَقِيمُ تَحَفُّظُهُ وَضَبْطُهُ، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلاَّ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ في مَوْضِعٍ لاَ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ.

(الخَامِسُ: دَفْعُ عَارِ الكَذِبِ)، فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِفِسْقٍ، فَتَابَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، إِلاَّ إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ؛ لأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الكَذِبِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ المُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ، إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ المُعَادَةُ مِنَ الفَاسِقِ المُعْلِنِ وَالعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتَبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(السَّادِسُ): الْحِرصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ، فَلاَ تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَىٰ وَقَبْلَ الاسْتِشْهَادِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ، فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَو جَلَسَ مُخْتَفِياً في زَاوِيَةٍ لِتَحَمُّلِ شَهَادَةٍ، قُبِلَتْ (م و)، وَلاَ تُحْمَلُ عَلَى الْحِرْصِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الحِسْبَةِ ابْتِدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ؛ كَالطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ (ح) وَالخُلْعِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ وَتَحْرِيمِ الرَّضَاعِ، وَاخْتَلَفُوا (و) في الوَقْفِ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ، وَفِي النَّسَبِ، وَفِي شِرَاءِ القَرِيبِ المُوجِبِ لِلْعِتْقِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ البَدَوِيِّ عَلَى القَرَوِيِّ، وَالقَرَوِيِّ عَلَى البَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ (ح) المَحْدُودِ في القَذْفِ، إِذَا تَابَ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ:

---

(١) قال الرافعي: «بل للفروع والأصول وكل من يستحق النفقة» يكفي للضبط قوله «بل للأصول والفروع». [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان» قد سبق هذا في التفليس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي ردّ في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان» وقيل قولان. [ت]

تُبْتُ، وَلاَ أَعُودُ، إِلاَّ إِذَا أَقَرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالكَذِبِ، فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ ٱسْتِبْرَاؤُهُ؛ كَكُلِّ فَاسِقٍ، يَقُولُ: تُبْتُ؛ فَإِنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ؛ حَتَّىٰ يُسْتَبْرَأَ مُدَّةً، فَيُعْلَمَ بِقَرَائِنِ الأَحْوَالِ صَلاَحُ سَرِيرَتِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلقَاضِي بَعْدَ الحُكْمِ أَنَّهُ قَضَىٰ بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، نَقَضَ الحُكْمَ؛ وَإِنْ كَانَ بِقَوْلِ فَاسِقَيْنِ، نَقَضَ (ح) أَيْضاً؛ عَلَى أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ، إِلاَّ أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الحُكْمِ؛ فَلاَ يُقَدَّرُ ٱسْتِنَادُ الْفِسْقِ إِلَى المَاضِي؛ عَلَى أَصَحِّ (و) الرَّأْيَيْنِ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي: فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ)

وَلاَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلاَّ فِي هِلاَلِ رَمَضَانَ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ[1]، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلاَثُ مَرَاتِبَ:

(الأُولَى: الزِّنَا)، وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةُ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ؛ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كَالمِرْوَدِ فِي المُكْحُلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلعَدْلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قَصْداً؛ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ: لاَ يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزِّنَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَثْبُتُ الإِقْرَارُ بِالزِّنَا بِشَاهِدَيْنِ، أَمْ لاَ بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ بِاللِّوَاطِ إِلاَّ التَّعْزِيرُ، فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَىٰ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[2].

(الثَّانِيَةُ): مَا عَدَا الزِّنَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلاَ يَئُولُ إِلَى مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلاَقِ وَالْعِتْقِ وَالإِسْلاَمِ وَالرِّدَّةِ وَالبُلُوغِ وَالوِلاَدَةِ وَالعِدَّةِ وَالجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ؛ حَتَّى الوَصَايَا وَالوِكَالَةِ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ، أَمَّا مَا لاَ يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ؛ كَالوِلاَدَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ وَالرَّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلاَ تَثْبُتُ الوِلاَدَةُ بِقَوْلِ القَابِلَةِ وَحْدَهَا.

(الثَّالِثَةُ: الأَمْوَالُ)، وَحُقُوقُهَا؛ كَالأَجَلِ وَالخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ وَالإِجَارَةِ وَقَتْلِ الخَطَإِ وَكُلِّ جُرْحٍ لاَ يُوجِبُ إِلاَّ المَالَ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ؛ وَكَذَا فَسْخُ العُقُودِ وَقَبْضُ نُجُومِ الكِتَابَةِ إِلاَّ النَّجْمَ الأَخِيرَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِتَرَتُّبِ الْعِتْقِ عَلَيْهِ.

وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوِ العَمْدِ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ، ثَبَتَ المَالُ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ العُقُوبَةُ[3]، وَيَثْبُتُ مَهْرُ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ النِّكَاحُ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَى الوِلاَدَةِ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهَا الغَصْبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتِ غَصَبْتِ، فَأَنْتِ

---

(١) قال الرافعي: «إلا في هلال رمضان على رأي» المسألة مذكورة في الصوم، واحتاج إلى إعادتها استثناء عن اعتبار العدد. [ت]

(٢) قال الرافعي: وإن لم يوجب باللواط إلا التعزير فهل يحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان» المشهور وجهان، إذ البينة على النَّسب بغير تقدُّم دَعْوَىٰ لا تُسمع على الصحيح، والأظهر أنها تقبل. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال» صورة السرقة مذكورة في بابها. وقال أيضاً: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال وإن لم تثبت العقوبة» هذا في السرقة صحيح، وأما في القتل العمد فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب، وهو أنه لا يثبت المال كما لا يثبت القصاص، ولم يذكر في «الوسيط» ما ذكره ها هنا. [ت]

طَالِقٌ، وَقَعَ بِخِلاَفِ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّعْلِيقُ.

(فَرْعٌ): مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، فَقَبْلَ التَّزْكِيَةِ، لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الحَيْلُولَةَ، إِنْ كَانَ المَالُ مُشْرِفاً عَلَى الهَلاَكِ، أَوِ النَّقْلِ، وَفِي العَقَارِ وَجْهَانِ، وَللعَبْدِ طَلَبُ الحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِتْقِ، وَفِي الأَمَةِ يَجِبُ عَلَى القَاضِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الحَجْرِ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هَلْ يُنَزَّلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْزِلَةَ شَاهِدَيْنِ فِي إِيجَابِ الحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ، فَلاَ نَزِيدُ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ البَيِّنَةُ، رُفِعَ الحَيْلُولَةُ.

(اَلبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُسْتَنَدِ عِلْمِ الشَّاهِدِ)

وَالأَصْلُ فِيهِ اليَقِينُ الوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذَلِكَ بِالإِبْصَارِ المُجَرَّدِ فِي الأَفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَالبَصَرِ جَمِيعاً فِي الأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الأَصَمِّ عَلَى الأَفْعَالِ، وَلاَ يَقْبَلُ شَهَادَةَ الأَعْمَىٰ عَلَى الأَقْوَالِ، وَلاَ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطَؤُهَا، فَإِنَّ الأَصْوَاتَ تَتَشَابَهُ إِلاَّ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالمُقِرِّ، وَيَجُرَّهُ إِلَى القَاضِي، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، أَمَّا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ العَمَىٰ، فَيُرْوَىٰ، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضاً عَلَىٰ مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ العَمَىٰ، وَفِي المُتَرْجِمِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، وَالقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ البَيِّنَةِ، فَفِي القَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ، وَمَنْ لاَ يُعْرَفُ نَسَبُهُ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ، أُحْضِرَ مَجْلِسَ الحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلاَ يُنْبَشُ قَبْرُهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَتِ الشَّهَادَةُ، وَلاَ يَجُوزُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ عَلَى المَرْأَةِ المُتَنَقِّبَةِ إِلاَّ أَنْ يُكْشَفَ وَجْهُهَا، وَيُمَيِّزَهَا عِنْدَ الأَدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا بِالإِشَارَةِ وَالمَعْرِفَةِ المُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلاَنِ، فَلاَ يُشْهَدُ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا؛ بِأَنَّ فُلاَنَةَ أَقَرَّتْ، وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا؛ لأَنَّهُ فَرْعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحَمُّلِ، وَإِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ عَيْنِهَا بِدَيْنٍ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَلَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يُسَجِّلَ عَلَىٰ بِنْتِ زَيْدٍ، وَإِنْ أَقَرَّتْ بِالنَّسَبِ، وَلاَ إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، إِذِ البَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَىٰ لاَ يُسْمَعُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يُنَصِّبَ مَنْ يَدَّعِي عَلَىٰ بِنْتِ زَيْدٍ دَيْناً، وَتُنْكِرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَيُقَامَ البَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ، سَجَّلَ، وَيَجُوزُ هَذِهِ الحِيلَةُ لِلحَاجَةِ.

(اَلْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّسَامُعِ)، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لاَ يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ، فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لأَنَّهُ لاَ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الأُمِّ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَالأَصَحُّ ثُبُوتُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي الوَلاَءِ وَالعِتْقِ وَالوَقْفِ وَالنِّكَاحِ، وَمَا يَتَوَفَّرُ الطِّبَاعُ عَلَىٰ إِشَاعَتِهِ، أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ المَوْتَ كَالنَّسَبِ، لاَ كَالعِتْقِ، ثُمَّ لاَ يَحْصُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لاَ يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاطُؤِ، إِلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا، وَلاَ يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ؛ بِأَنْ تَسْمَعَ رَجُلاً يَسْتَخْلِفُ صَبِيّاً أَوْ كَبِيراً سَاكِتاً لاَ يُنْكِرُهُ.

وَأَمَّا المِلْكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ اليَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ، جَازَتِ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّهُ لاَ يُبْصِرُ، وَهُوَ مُنْتَهَى الإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجَرَّدَ اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ مُجَرَّدَ

التَّسَامُعِ لاَ يَكْفِي[١].

ثُمَّ نَعْنِي بِالتَّصَرُّفِ البِنَاءَ وَالهَدْمَ، أَوِ البَيْعَ وَالرَّهْنَ، وَهُوَ تَصَرُّفُ المُلاَّكِ.

أَمَّا مُجَرَّدُ الإِجَارَةِ، وَإِنْ تَكَرَّرَتْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ قَدْ يَصْدُرُ ذَلِكَ مِمَّنِ ٱسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً.

وَأَمَّا الإِعْسَارُ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخِبْرَةِ البَاطِنِ[٢] وَشَهَادَةِ القَرَائِنِ؛ كَصَبْرِهِ عَلَى الضُّرِّ وَالجُوعِ فِي الخَلْوَةِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: فِي التَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ)، وَيَجِبُ الأَدَاءُ عَلَىٰ كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لَهَا، إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّناً، أَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ قَصْداً، لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ، فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا، فَٱمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ: أَحْلِفُ مَعَ الآخَرِ، أَثِمَ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَٱمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ، أَثِمُوا وَلاَ يَسْتَحِقُّ (و) الشَّاهِدُ أُجْرَةً إِلاَّ أُجْرَةَ المَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ أَلاَّ يَرْكَبَ، وَالكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ (و)، وَالتَّحَمُّلُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ، وَفِي سَائِرِ المُعَامَلاَتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا ٱلانْعِقَادُ دُونَ الإِثْبَاتِ وَكَذَا كِتَابَةُ الصُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(ٱلْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَاليَمِينِ)

وَكُلُّ مَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ (ح) يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إِلاَّ عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إِلاَّ أَنَّ الأُنُوثَةَ ٱحْتُمِلَتْ فِيهَا لِحَاجَةِ النِّسَاءِ، ثُمَّ القَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أَوْ بِاليَمِينِ، أَوْ بِهِمَا؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَيَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الغُرْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ عَبْداً فِي يَدِ غَيْرِهِ؛ أَنَّهُ كَانَ مِلْكَهُ، فَأَعْتَقَهُ فَلاَ يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ؛ لأَنَّهُ يُثْبِتُ الحُرِّيَّةَ دُونَ المِلْكِ، وَلَوِ ٱدَّعَى فِي جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا؛ أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَتُهُ، وَالوَلَدُ مِنْهُ، وَحَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ، ثَبَتَ مِلْكُ المُسْتَوْلَدَةِ، وَعَتَقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ؛ إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِتَبَعِيَّتِهِ فِي الحُجَّةِ، وَهُوَ مُسْتَقِلٌّ، وَهَذِهِ الحُجَّةُ لاَ تَكْفِي لِلحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ.

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ)[٣] إِذَا حَلَفَ الوَرَثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَىٰ دَيْنٍ لِلمُوَرِّثِ، ٱسْتَحَقُّوا، فَإِنْ حَلَفَ وَاحِدٌ، ٱسْتَحَقَّ الحَالِفُ نَصِيبَهُ دُونَ النَّاكِلِ، وَلَيْسَ لِوَلَدِ النَّاكِلِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْ يَحْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ النُّكُولِ، فَلِوَلَدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَفِي وُجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الوَارِثُ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ، فَهَلْ يَحْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[٤]، وَلَو كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، حَلَفَ، إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ؛ وَكَذَا إِذَا

---

(١) قال الرافعي: «والصحيح أن مجرد التسامع لا يكفي» الأقرب إلى إطلاق الأكثرين أنه يكفي. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أما الإعسار فإنما يجوز الشهادة عليه بخبره الباطن إلى آخره» مقصوده ما اشتمل عليه قوله من التفليس وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنها شهادة على النفي قبلت للحاجة. [ت].

(٣) لم يذكر إلا اثنين فلعله أراد بالجمع ما فوق الواحد فليحرر.

(٤) قال الرافعي: «ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يحلف، فيه قولان» الصورة مذكورة في «التفليس» =

بَلَغَ صَبِيٌّ.

وَلَوْ كَانَ النِّزَاعُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الغَائِبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ، لاَ كَالمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ كَالمُسْتَجِدِّ، وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلِفِ أَحَدِ الوَارِثِينَ نَصِيبُ الغَائِبِ مِنْ يَد الخَصْمِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ[1]؛ بِخِلاَفِ شَرِيكِ الوَصِيَّةِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، ٱسْتَوْفَىٰ نَصِيبَ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَّعِ البُلُوغَ، وَيُؤْخَذُ (ح و) نَصِيبُ الغَائِبِ، إِنْ كَانَ عَيْناً وَيَكْفِي دَعْوى الحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً، فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لِغَائِبٍ بِدَيْنٍ؛ أَنَّ القَاضِيَ، هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لاَ يُسَاهِمُهُ(و) الغَائِبُ فِيهِ، إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً يُسَاهِمُهُ (و)؛ لأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٌ بَيْنَهُمَا[2]، وَأَمَّا ٱلدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

(الثَّانِي): لَوِ ٱدَّعَيَا أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَيْعَةً وَقْفَ تَرْتِيبٍ، ثَبَتَ الوَقْفُ بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَسْتَحِقَّ نَصِيبَهُ، وَٱسْتَحَقَّ الآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا، فَنَصِيبُ الحَالِفِ لاَ يَسْتَحِقُّهُ البَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ؛ تَفْرِيعاً عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّ البَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الحَقَّ مِنَ الوَاقِفِ، لاَ مِنَ البَطْنِ الأَوَّلِ، وَنَصِيبُ النَّاكِلِ يَثْبُتُ لِلبَطْنِ الثَّانِي أَيْضاً، إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعاً، حَلَفَ البَطْنُ الثَّانِي، إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا، أَخَذَ البَطْنُ الثَّانِي بِاليَمِينِ.

وَلَوْ مَاتَ الحَالِفُ وَحْدَهُ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى النَّاكِلِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَإِلَىٰ وَلَدِ الحَالِفِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، فِي وَجْهٍ.

وَيَبْطُلُ الوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُصْرَفُ إِلَىٰ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلى الوَاقِفِ؟ فَإِنْ كَانَ الوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ، فَحَلَفَا، ثُمَّ وُلِدَ لأَحَدِهِمَا وَلَدٌ، وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الوَقْفِ مِنْ يَدِهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ، وَحَلَفَ، ٱسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ، فَقَدْ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا، وَالنَّاكِلُ كَالمَعْدُومِ[3]، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَوَّلاً.

(ٱلْبَابُ ٱلْخَامِسُ: فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ)

وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ، وَفِي العُقُوبَاتِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ

= [ت]

(١) قال الرافعي: «وكذلك يخرج بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان عينا يساهمه لأن كلّ جزء شائع بينهما» أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً وحلف معه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يساهم. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن نكل فقد تعذر مصرفه، وفيه قول: إنه يرد إليهما، والناكل كالمعدوم» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر عند الأئمة الثاني. [ت]

الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى؛ لأَنَّ فِيهَا شُبْهَةً لأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي، وَفِي التَّوْكِيلِ بِٱسْتِيفَاءِ (و) الْقِصَاصِ[1]، فَإِذَا مَنَعْنَا، لَمْ تُسْمَعِ الدَّعْوَىٰ بِالْقِصَاصِ عَلَىٰ غَائِبٍ، ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

(الأَوَّلُ): أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلاَّ إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ: أَشْهَدْتُكَ عَلَىٰ شَهَادَتِي، أَوْ رَآهُ الفَرْعُ، وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيْ حَاكِمٍ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ: لِفُلاَنٍ عَلَىٰ فُلاَنٍ حَقٌّ، وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ، لَمْ يَجُزِ التَّحَمُّلُ؛ لأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلاَنٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا، لَمْ يَتَحَمَّلْ، فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلاَنٍ أَلْفٌ، لَمْ يُحمَلْ عَلَى الوَعْدِ، وَجَازَتِ الشَّهَادَةُ؛ إِذْ لاَ يُتَسَاهَلُ فِي الإِقْرَارِ.

(الثَّانِي: فِي الطَّوَارِىءِ)، وَلاَ بَأْسَ بِمَوْتِ شَاهِدِ الأَصْلِ وَغَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الفِسْقُ أَوِ العَدَاوَةُ أَوِ الرِّدَّةُ، ٱمْتَنَعَ شَهَادَةُ الفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الجُنُونُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ العَمَى، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُمْنَعُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لاَ يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كُذِّبَ الفَرْعُ، ٱمْتَنَعَتِ الشَّهَادَةُ.

(الثَّالِثُ: العَدَدُ)، وَلْيَشْهَدْ عَلَىٰ كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا جَمِيعاً، جَازَ، عَلَىٰ أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ. وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَيِ الأَصْلِ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ الأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الزِّنَا كَالإِقْرَارِ بِالزِّنَا، فَتَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ ٱلاخْتِلاَفَاتِ فِي شُهُودِ الفَرْعِ فِي الزِّنَا، إِنْ قَبِلْنَاهَا ـ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ؛ فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ أَوْ ثَمَانِيَةٌ أَوْ أَرْبَعَةٌ أَوِ ٱثْنَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ لاَ يَسْمَعُ (و) شَهَادَةَ الفَرْعِ إِلاَّ إِذَا مَاتَ الأَصْلُ، أَوْ مَرِضَ مَرَضاً يَشُقُّ عَلَيْهِ الحُضُورُ، أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ القَصْرِ[2]، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ العَدْوَى، فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الغَرِيمِ وَكُلُّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الجُمُعَةُ؛ كَالمَرَضِ، وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الفَرْعِ تَزْكِيَةُ الأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ زَكُّوا، ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُمْ وَشَهَادَتُهُمْ بِقَوْلِ الفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَىٰ صِدْقِ شُهُودِ الأَصْلِ.

(ٱلْبَابُ ٱلسَّادِسُ: فِي الرُّجُوعِ)

وَالنَّظَرُ فِي العُقُوبَةِ، وَالبُضْعِ، وَالمَالِ:

---

(١) قال الرافعي: «وفي العقوبات ثلاثة أقوال إلى قوله وفي التوكيل باستيفاء القصاص» الخلاف في الشهادة على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي وفي العقوبات وذكرهما في باب القضاء على الغائب، والتوكيل باستيفاء القصاص داخل فيما ذكره في باب الوكالة في التوكيل باستيفاء العقوبات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر» لا حاجة إلى كلمة: فوق ها هنا. [ت]

(أَمَّا العُقُوبَةُ): فَالرُّجُوعُ قَبْلَ القِصَاصِ يَمْنَعُ القَضَاءَ، وَيَجِبُ حَدُّ القَذْفِ، إِنْ شَهِدُوا بِالزِّنَا، وَإِنْ قَالُوا: غَلِطْنَا، فَفِي الحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالرُّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلقَاضِي: تَوَقَّفْ، ثُمَّ عَادَ، وَقَالَ: ٱقْضِ، فَفِي جَوَازِ القَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَفِي وُجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ القَضَاءِ، فَفِي ٱلاسْتِيفَاءِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

وَعَلَى الثَّالِثِ: يَسْتَوْفِي حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللهِ تَعَالَىٰ، أَمَّا المَالُ فَيُسْتَوْفَىٰ (و) قَطْعاً، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ ٱسْتِيفَاءِ القَتْلِ، وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ، إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِيُّ القَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالمُمْسِكِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالمُزَكِّي إِذَا رَجَعَ كَالمُمْسِكِ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى العَامِدِ؛ لأَنَّهُ شَرِيكُ خَاطِىءٍ. وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ وَلٰكِنْ مَا عَلِمْتُ؛ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلاَ قِصَاصَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ[1]، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجَبَ القِصَاصُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي البُضْعِ)، فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلاَقِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلاَقُ، وَعَلَيْهِمُ (ح م) الغُرْمُ، وَكَذَا فِي العِتْقِ وَالرَّضَاعِ المُحَرِّمِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى المَالِ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ، أَوْ عَشْرٌ، فَنِصْفُ الغُرْمِ عَلَى المَرْأَةِ[2]، وَنِصْفُهُ عَلَىٰ جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَىٰ رَضَاعٍ مُحَرِّمٍ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ ٱمْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيُنَزَّلُ كُلَّ ٱمْرَأَتَيْنِ مَنْزِلَةَ رَجُلٍ؛ لأَنَّ هٰذَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلاَ يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لاَ غُرْمَ؛ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِلُّ بِكَوْنِهِ حُجَّةً.

وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ ثَلاَثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهٍ: تَجِبُ حِصَّتُهُمْ.

وَعَلَى الصَّحِيحِ: يَجِبُ عَلَىٰ جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الغُرْمِ؛ إِذَا لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ رُبُعُ الحُجَّةِ.

وَفِي وُجُوبِ الغُرْمِ عَلَى شُهُودِ الإِحْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزِّنَا ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): لاَ يَجِبُ شَيْءٌ.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيْهِمْ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثُّلُثُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ أَقَلُّ شَهَادَةِ الإِحْصَانِ ٱثْنَانِ، وَأَقَلُّ شَهَادَةِ الزِّنَا أَرْبَعَةٌ.

فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزِّنَا وَالإِحْصَانِ، ٱجْتَمَعَ مِنَ الأُصُولِ أَقْوَالٌ لاَ تَخْفَىٰ، وَالقَوْلاَنِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ التَّعْلِيقِ فِي الطَّلاَقِ، هَلْ يَغْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصِّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّعْلِيقِ بِالغُرْمِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح إلى آخره» المسألة مذكورة من قبل. [ت]

(٢) في أ: الرجل.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ): الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّعُ رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الخَصْمِ، هَلْ يُوجِبُ الغُرْمَ فِي الحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَان.

أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، بَانَ بُطْلَانُ القَضَاءِ[1]، وَٱنْدَفَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلٍ، وَجَبَ الغُرْمُ عَلَى القَاضِي؛ لِخَطَئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

---

(١) قال الرافعي: أما إذا ظهر كون الشاهد عبدين أو كافرين أو صبيين بان بطلان القضاء» الصورة مذكورة في آخر الباب الأوّل من «الشهادات». [ت]

(كِتَابُ الدَّعَاوَىٰ وَالبيِّنَاتِ)

وَمَجَامِعُ الخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَىٰ خَمْسَةٍ: الدَّعْوَىٰ، وَالجَوَابُ، وَاليَمِينُ، وَالنُّكُولُ، وَالبَيِّنَةُ.

(الأَوَّلُ: الدَّعْوَىٰ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ) فِيمَنْ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَىٰ، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقَدَرَ عَلَى ٱسْتِرْدَادِهِ قَهْراً مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ الرَّفْعُ إِلَى القَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً، فَلاَ بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْناً، وَمَنْ عَلَيْهِ مُقِرٌّ مُمَاطِلٌ، فَلاَ بُدَّ (و) مِنْ رَفْعِهِ[1] وَإِنْ كَانَ يَتَعَذَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ، فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فَلَهُ أَخْذُهُ (م)، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ (ح)، فَيَرْفَعُهُ إِلَى القَاضِي؛ حَتَّىٰ يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ عَلَىٰ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ المَالَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ[2].

وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ العَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ.

وَلَوْ تَلِفَ قَبْلَ البَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى البَيْعِ، حَتَّىٰ نَقَصَتِ القِيمَةُ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلاَّ بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ، لَمْ يَضْمَنِ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ تَلِفَ، لأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ؛ حَتَّى لَوْ نَقَّبَ ٱلْجِدَارَ؛ لِيَأْخُذَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ النَّقْبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحاً، فَأَخَذَ المُنْكَسِرَةَ، وَرَضِيَ بِهَا، جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالعَكْسِ، لَمْ يَجُزْ، إِلاَّ أَنْ يَبِيعَ بِالدَّنَانِيرِ، وَيَشْتَرِي بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ، وَلَهُ عَلَى المُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ، جَازَ لَهُ أَيْضاً أَنْ يَجْحَدَ، وَيَحْصُلَ التَّقَاصُّ لِلضَّرُورَةِ.

(الثَّانِيَةُ: فِي حَدِّ المُدَّعِي)، وَفِيهِ قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ الَّذِي يُخَلَّى وَسُكُوتَهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْراً خَفِيّاً عَلَى خِلاَفِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ المَسِيسِ، فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعاً، وَالنِّكَاحُ (و) دَائِمٌ بَيْنَنَا، وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي خُلِّيَ وَسُكُوتَهُ، لَكِنَّ المَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْراً ظَاهِراً، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الإِسْلاَمِ بَعِيدٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ، وَأَمَّا المُودَعُ إِذَا ٱدَّعَى رَدَّ الوَدِيعَةِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلأَنَّهُ ٱعْتَرَفَ لَهُ بِالأَمَانَةِ، ثُمَّ حَدُّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً؛ فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبَ مِنِّي،

---

(١) قال الرافعي: «وإن كان حقه دَيْناً، ومن عليه مقر مماطل، فلا بد من رفعه إلى القاضي» هذا وجه والثاني: أنه يلزمه المرافعة، ويستقل بالأخذ من ماله وقد ذكر القاضي أبو الطيب والروياني أنه الأصح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن قلنا: يأخذ فرفعه إلى القاضي .... إلى قوله: وقيل: إنه يستقل بالبيع بجنس حقه» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني. [ت]

أَوْ بَاعَ، لَمْ يُسْمَعْ؛ حَتَّىٰ يَقُولَ: وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

(الثَّالِثَةُ): مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَلِّفَ الْمُدَّعِيَ، مَا لَمْ يقدِّمْ دَعْوَى صَحِيحَةً؛ كَبَيْعٍ أَوْ إِبْرَاءٍ، فَلَوِ ٱدَّعَىٰ فِسْقَ الشُّهُودِ، وَعَلِمَ الخَصْمُ بِهِ، فَهَلْ يُحَلِّفُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوِ ٱدَّعَىٰ؛ أَنَّهُ أَقَرَّ؛ لأَنَّ الإِقْرَارَ لَيْسَ عَيْنَ الحَقِّ؛ وَكَذَا إِذَا ٱدَّعَىٰ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً، وَأَرَادَ يَمِينَهُ، فَفِي كُلِّ ذَلِكَ وَجْهَانِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ الحَقِّ، لَكِنْ يَنْفَعُ فِي الحَقِّ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَنْفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنْفُسَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ: أَمْهِلُونِي، فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ.

وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي، فَحلِّفُوهُ، يَحْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ، وَكَذَّبَهُ، ٱسْتَوْفَىٰ فِي الحَالِ[1].

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَىٰ، فَهَذَا لاَ يُسْمَعُ، إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِلإِبْرَاءِ عَنِ الدَّعْوَىٰ.

(الخَامِسَةُ): يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ (ح م).

وفي البيع يُسْمَعُ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ[2].

وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي، كَفَاهُ الإِطْلاَقُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)[3].

وَدَعْوَى القِصَاصِ لاَ بُدَّ (و) مِنْ تَفْصِيلِهَا، لاَ بُدَّ مِنْ أَنْ يدَّعِيَ بَيْعاً صَحِيحاً، فَيَذْكُرَ الصِّحَّةَ.

(السَّادِسَةُ): دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةَ لاَ تُسْمَعُ؛ عَلَى الأَصَحِّ، مَا لَمْ يُتَعَرَّضْ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ[4].

فَإِنْ قُلْنَا: يُسْمَعُ، فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ؛ مَأْخَذُهُ أَنَّ الإِنْكَارَ طَلاَقٌ أَمْ لاَ حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلَّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَفِيهِ خِلاَفٌ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أبرأني موكلك وكذبه استوفى في الحال» ذكره مرة في القضاء على الغائب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع، وقيل: قولان بالنقل والتخريج» هذا يشعر بأن الأصحاب جرى بعضهم على تقرير النَّصين، وتصرف بعضهم فيهما بالنقل والتخريج على المعهود في النَّظائر، لكن الكتب ساكتة عن النص في البيع، وعن النقل والتخريج. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق على الصحيح» الظاهر عند الأصحاب أنه كدعوى ابتداء النكاح.» [ت]

(٤) قال الرافعي: «دعواها الزوجية لا تسمع ما لم يتعرض لمهر أو نفقة» قد ذكر المسألة في «النكاح» حيث قال: « لكن ادعى زوجية مطلقة، ففي سماع مثل هذه الدعوى وجهان». [ت] وقال أيضاً: «دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح. . إلى آخره» ميل الأكثرين إلى أنها تسمع. [ت]

(السَّابِعَةُ): العَبْدُ إِذَا آدَّعَىٰ؛ أَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنِ آدَّعَى آلإِعْتَاقَ، فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ المُمَيِّزُ، هَلْ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ الحُرِّيَّةَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُسْمَعُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ، سُمِعَتْ، وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ[1]، وَلاَ تَأْثِيرَ لِلْيَدِ وَلإِبْطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ.

وَيَجُوزُ شِرَاءُ العَبْدِ البَالِغِ؛ آعْتِمَاداً عَلَىٰ ظَاهِرِ اليَدِ، مَعَ سُكُوتِ العَبْدِ.

وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

(الثَّامِنَةُ): الدَّعْوَىٰ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، فِيهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ فِي الحَالِ، وَدَعْوَىٰ آلاسْتِيلاَدِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّدْبِيرِ وَتَعْلِيقِ آلْعِتْقِ بِصِفَةٍ كَالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

(التَّاسِعَةُ): لَوْ سَلَّمَ ثَوْباً، قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَىٰ دَلاَّلٍ؛ لِيَبِيعَهُ بِعَشَرَةٍ،فَجَحَدَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ، إِنْ تَلِفَ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَإِنْ بَاعَ، فَعَلَيْهِ عَشَرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَائِماً، فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ، وَيُقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلحَاجَةِ.

وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيِّنَ كُلَّ قِسْمٍ فِي دَعْوَىٰ.

ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَىٰ كَذِبِهِ، فَيُحَلِّفَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوابُ المُدَّعَى عَلَيْهِ)، وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إِنْكَارٌ؛ إِذِ السُّكُوتُ كَالإِنْكَارِ.

وَقَوْلُهُ: «لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ»، أو «لِفُلاَنٍ عَلَيَّ أَكْثر مِمَّا لَكَ» اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْس بإقرارٍ، فِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَى:) لو قال: لِي عَلَيْكَ عَشَرَةٌ، فَقَالَ: لاَ يَلْزَمُنِي العَشَرَةُ، لَمْ يَكْفِهِ اليَمِينُ مُطْلَقاً، بَلْ يَحْلِفُ بِأَنَّهُ لَيسَ عَلَيْهِ عَشَرَةٌ، وَلاَ شَيْءَ مِنْهَا، فَإِنِ آقْتَصَرَ، كَانَ نَاكِلاً عَنِ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ العَشَرَةِ، وَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ عَلَى العَشَرَةِ إِلاَّ شَيْئاً، إِلاَّ إِذَا أَضَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ، فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لاَ بِخَمْسِينَ[2]؛ فَلاَ يُمْكِنُهَا الحَلِفُ عَلَىٰ مَا دُونَ الخَمْسِينَ؛ لِمُنَاقَضَةِ الدَّعْوَى.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: مَزَّقْتَ ثَوْبِي، وَلِيَ عَلَيْكَ الأَرْشُ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي الأَرْشُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْزِيقِ؛ وَكَذَا إِذَا آدَّعَىٰ مِلْكاً، أَوْ دَيْناً، فَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ المِلْكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، وَخَافَ إِنْ أَقَرَّ أَنْ يُطَالَبَ بِالبَيِّنَةِ، فَقَدْ قِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَنَّ اليَدَ تُصَدِّقُهُ فِي الرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: القَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ، فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفَصِّلَ الجَوَابَ، وَيَقُولَ: إِنِ

---

(١) قال الرافعي: «فالصحيح أنه إذا بَلَغَ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» المسألة مذكورة في اللّقيط حيث قال: فإن بلغ، وأنكر ففي انتفاء الرق وجهان لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهاهنا رجح وقال أيضاً: «فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» الأرجح عند أكثرهم خلافه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فأقر أنه نكح لا بالخمسين» هذا لا حاجة إليه في التصوير فإنها تطلب الصداق، ولا فرق فيه إذا نكل بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر. [ت]

ٱدَّعَيْتُ مِلْكاً مُطْلَقاً، فَلاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنِ ٱدَّعَيْتُ مَرْهُوناً عِنْدِي، فَحَتَّىٰ أُجِيبَ.

وَقِيلَ: هَذَا لاَ يُسْمَعُ مُرَدَّداً، وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يُنْكِرَ مِلْكَهُ، إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ، وَيَلْتَفِتَ إِلَى الظَّفَرِ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا ٱدَّعَىٰ عَلَيْهِ مِلْكاً، فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِنَّمَا هُوَ وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ عَلَىٰ وَلَدى، أَوْ هُوَ مِلْكُ طِفْلِي، ٱنْصَرَفَتِ (و) الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلاَ يُمْكِنُ تَحْلِيفُ الطِّفْلِ وَلاَ وَلِيِّهِ (و)، وَلاَ يُنْجِي إِلاَّ الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي، أَوْ هُوَ لِمَنْ لاَ أُسَمِّيهِ، لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ.

وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ القَاضِي إِلَىٰ أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلاَنٍ، فَيَحْضُرُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ، ٱنْصَرَفَتِ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَذَّبَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَاضِي يَأْخُذُهُ؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحِقَّهُ.

وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى المُدَّعِي؛ إِذْ لاَ مُنَازِعَ لَهُ.

وَقِيلَ: يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِلَىٰ قِيَامِ حُجَّةٍ.

وَلَوْ أَضَافَ إِلَى غَائِبٍ، فَفِي ٱنْصِرَافِ الْخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ حَتَّى يَسْتَفِيدَ المُدَّعِي بِنُكُولِهِ اليَمِينَ وَٱنْتِزَاعَ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، ثُمَّ الغَائِبُ إِنْ رَجَعَ، كَانَ هُوَ صَاحِبَ اليَدِ، فَيَسْتَأْنِفُ الخُصُومَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ، فَلَوْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ اليَدِ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لِلغَائِبِ، سُمِعَتْ إِنْ أَثْبَتَ وَكَالَةَ نَفْسِهِ، وَقُدِّمَتْ عَلَىٰ بَيِّنَةِ المُدَّعِي، فَإِنْ لَمْ يُثْبِتِ الوَكَالَةَ، فَهَلْ يُسْمَعُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ لِلْمُدَّعِي تَحْلِيفَهُ؛ رَجَاءَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ، فَيُغَرَّمُ بِالحَيْلُولَةِ، فَلَهُ غَرَضٌ فِي إِقَامَةِ البَيِّنَةِ؛ لِيَصْرِفَ هَذِهِ اليَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ؛ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلاَ وَكِيلٍ، فَإِنِ ٱدَّعَىٰ لِنَفْسِهِ عُلْقَةَ رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةٍ، فَوَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يُسْمَعَ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرْفِ اليَمِينِ عَنْهُ، فَبَيِّنَةُ المُدَّعِي فِي الحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الغَائِبُ، وَأَعَادَ البَيِّنَةَ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُلْقَةِ الإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ، فَأَيُّ البَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ تَنْصَرِفُ الخُصُومَةُ عَنْهُ، فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُهُ؛ بِنَاءً عَلَى الأَصَحِّ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي غُرِّمَ لَهُ القِيمَةَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَاخَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقاً، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَّحَ فِي نِزَاعِ المُدَّعِي؛ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكَ البَائِعِ، فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ، فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَالوَلَدُ حُرٌّ، وَالجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُقَرِّ لَهُ مَعَ المَهْرِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الجَارِيَةَ لِلْمُقَرِّ لَهُ، إِنْ أَقَرَّتْ بِصِدْقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

(الخَامِسَةُ): جَوَابُ دَعْوَى الْقِصَاصِ عَلَى العَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ العَبْدِ، وَدَعْوَى الأَرْشِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا مِنَ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهُ تَحْلِيفُ العَبْدِ، لِيَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، وَسَمِعْنَا الدَّعْوَىٰ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ أَيْضاً، وَإِذَا ٱدَّعَىٰ، وَلَمْ يَحْلِفْ، وَقَالَ: لِي بَيِّنَةٌ، فَٱطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلاً، لَمْ يَلْزَمْهُ (و) ذَلِكَ،

وَإِنْ جَرَى بِهِ رَسْمُ القُضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ، فَلَهُ (و) طَلَبُ الكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِي الحَلِفِ): وَالنَّظَرُ فِي الحَلِفِ وَالحَالِفِ وَالمَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَالحُكْمِ.

(أَمَّا الحَلِفُ)، فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلاَّ فِيمَا (و م) هُوَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّدُ عِتْقَ عَبْدٍ خَسِيسٍ، لَمْ تُغَلَّظْ (و) يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ، غُلِّظَ عَلَى العَبْدِ، لأَنَّهُ مُدَّعِي العِتْقِ، وَكُلُّ مَالاَ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي فِي التَّغْلِيظِ، وَيَجْرِي أَيْضاً فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتُهُ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مُسْتَحَبّاً ذَكَرْنَاهُ فِي اللِّعَانِ، وَيُغَلَّظُ (و) عَلَى المُخَدَّرَةِ بِحُضُورِ الجَامِعِ، وَلاَ تُذَرُ بِالتَّخَذُّرِ، وَشَرْطُ اليَمِينِ أَنْ يُطَابِقَ الإِنْكَارَ، وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ القَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ القَاضِي، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ.

(وَأَمَّا المَحْلُوفُ عَلَيْهِ)، فَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِثْبَاتٍ، وَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي الإِثْبَاتِ المَنْسُوبِ إِلَىٰ غَيْرِهِ، كَبَيْعٍ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الحَلِفُ عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، فَيَقُولُ: لاَ أَعْلَمُ عَلَى مُوَرِّثِي دَيْناً، وَلاَ أَعْلَمُ مِنْهُ إِتْلاَفاً وَبَيْعاً، وَهَلْ يَثْبُتُ فِي نَفْيِ أَرْشِ الجِنَايَةِ عَنِ العَبْدِ؟ وَجْهَانِ، وَفِي نَفْيِ الإِتْلاَفِ عَنْ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَّرَ بِتَسْرِيحِهَا، يَجِبُ البَتُّ، ثُمَّ يَحِلُّ لَهُ اليَمِينُ البَتُّ بِظَنٍّ يَحْصُلُ لَهُ؛ مِنْ خَطٍّ، أَوْ قَرِينَةِ حَالٍ؛ مِنْ نُكُولِ خَصْمٍ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ فِي اليَمِينِ إِلَىٰ نِيَّةِ القَاضِي وَعَقِيدَتِهِ، فَلاَ يَصِحُّ تَوْرِيَةُ الحَالِفِ، وَلاَ قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللهُ، بِحَيْثُ لاَ يَسْمَعُ القَاضِي، وَلاَ يَحِلُّ لِلشَّفْعَوِيِّ أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ القَاضِي الحَنَفِيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ فِي شُفْعَةِ الجَارِ؛ بِتَأْوِيلِ اعْتِقَادِ نَفْسِهِ، بَلْ إِذَا أَلْزَمَهُ القَاضِي، صَارَ لاَزِماً ظَاهِراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَاطِناً؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِداً، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّداً، يَلْزَمُهُ بَاطِناً.

(وَأَمَّا الحَالِفُ)، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهُ عَلَيْهِ دَعْوَىٰ صَحِيحَةٌ، فَيَحْلِفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالوَلاَءِ وَالرَّجْعَةِ (ح) وَالنِّكَاحِ وَالظِّهَارِ وَالإِيلاَءِ، وَلاَ يَحْلِفُ فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَىٰ؛ إِذْ لاَ نِزَاعَ فِيهَا، وَلاَ يَحْلِفُ القَاضِي وَالشَّاهِدُ[1]، وَيَحْلِفُ القَاضِي بَعْدَ العَزْلِ[2]، وَلاَ يَحْلِفُ الصَّبِيُّ إِذَا ادَّعَى البُلُوغَ، بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يَحْلِفْ، بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلاَّ الصَّبِيَّ المُشْرِكَ إِذَا ادَّعَىٰ أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالعِلاَجِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ، قُتِلَ.
وَقِيلَ: يُحْبَسُ، حَتَّىٰ يَبْلُغَ، ثُمَّ يَحْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ، قُتِلَ.

وَلاَ يَحْلِفُ الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ؛ إِذْ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُمَا، أَعْنِي بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ، وَلاَ يَحْلِفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الوَكَالَةَ بِاسْتِيفَاءِ الحَقِّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ، فَيَجُوزُ جُحُودُ المُوَكِّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الخَصْمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(وَأَمَّا حُكْمُ اليَمِينِ)، فَهُوَ انْقِطَاعُ الخُصُومَةِ فِي الحَالِ، لاَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، بَلْ لِلمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ؛

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحلف القاضي والشاهد» هذا قد سبق في آخر الباب الأوّل من أدب القضاء، ومرة أخرى في الدعاوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويحلف القاضي بعد العزل» هذا وجه والميل إلى الآخر أكثر. [ت]

أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ، وَيَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ؛ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً[1]، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لاَ بَيِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً، فَفِي القَبُولِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي، بَطَلَتِ البَيِّنَةُ، وَفِي بُطْلاَنِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لاَ تَبْطُلُ، فَادَّعَى الخَصْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِداً، وَيَحْلِفَ مَعَهُ؛ لِيُسْقِطَ البَيِّنَةَ، لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّ مَقْصُودَهُ الطَّعْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ، جَازَتِ الحُجَّةُ النَّاقِصَةُ؛ لإِسْقَاطِ الدَّعْوَىٰ بِالْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: حَلَّفَنِي مَرَّةً، فَلْيَحْلِفْ عَلَىٰ أَنَّهُ مَا حَلَّفَنِي، سُمِعَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَّفَنِي مَرَّةً عَلَىٰ أَنَّنِي مَا حَلَّفْتُهُ، فَلْيَحْلِفْ عَلَىٰ أَنَّهُ مَا حَلَّفَنِي، لَمْ يُسْمَعْ؛ لأَنَّ ذٰلِكَ يَتَسَلْسَلُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: النُّكُولُ)، وَلاَ يَثْبُتُ (م) الحَقُّ بِهِ، وَلٰكِنْ تُرَدُّ عَلَى المُدَّعِي، إِذَا تَمَّ نُكُولُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: لاَ أَحْلِفُ، أَوْ أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ سَكَتَ، وَقَالَ القَاضِي: قَضَيْتُ بِالنُّكُولِ، أَوْ قَالَ لِلْمُدَّعِي: احْلِفْ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْرِضَ القَاضِي اليَمِينَ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ، وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمَ النُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ، وَقَضَىٰ بِالنُّكُولِ، فَرَجَعَ، وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ النُّكُولِ، فَفِي جَوَازِ الحَلِفِ خِلاَفٌ (و).

وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ، فَلَوْ رَضِيَ المُدَّعِي بِيَمِينِهِ، فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ، ثُمَّ المُدَّعِي، إِنْ نَكَلَ، فَنُكُولُهُ كَحَلِفِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كَإِقْرَارِ الخَصْمِ أَوْ كَبَيِّنَتِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: أَمْهِلُونِي، أَمْهَلْنَاهُ ثَلاَثاً؛ لأَنَّهُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فَلاَ يُمْهَلُ، فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ بَعْدَ ثَلاَثٍ، بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ اليَمِينِ، وَكَانَ كَنُكُولِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ عَلَىٰ خِيَرَتِهِ أَبَداً.

وَكَذَا الكَلاَمُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِداً، وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ، ثُمَّ نَكَلَ، فَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذٰلِكَ، إِلاَّ بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ، وَيَتَعَذَّرُ رَدُّ اليَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ المُدَّعِي السُّلْطَانَ.

فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الزَّكَاةِ، لَمْ يَحْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يُقْضَىٰ بِالنُّكُولِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيُحْبَسُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَالذِّمِّيُّ إِذَا ادَّعَىٰ؛ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ، فَيُحْبَسُ؛ عَلَى وَجْهٍ.

وَيُقْضَى عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَلاَ يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَوَلَدُ المُرْتَزِقَةِ، إِذَا ادَّعَى البُلُوغَ، وَاتُّهِمَ، وَنَكَلَ، لَمْ يَثْبُتِ (و) اسْمُهُ إِلَىٰ أَنْ يُعْلَمَ بُلُوغُهُ.

وَمَنْ مَاتَ، وَلاَ وَارِثَ لَهُ، فَادَّعَى القَاضِي لَهُ دَيْناً عَلَىٰ إِنْسَانٍ، فَنَكَلَ، حُبِسَ؛ عَلَى وَجْهٍ؛

---

(١) قال الرافعي: «ويعتذر بأنه لم يعلم أن له بينة» هذا لا يشترط في صورة المسألة، بل له إقامة البينة، وإن لم يعتذر فلو لم يذكره لم تضر. [ت]

حَتَّىٰ يُقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ.

وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالمَالِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيُتْرَكُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ في الذِّمِّيِّ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ البَيِّنَةُ)، وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا، وَلاَ تَرْجِيحَ؛ فَلاَ يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ المُدَّعى في أَيْدِيهِمَا، أَوْفي يَدِ ثَالِثٍ.

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَالبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح)؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَتُوجَبُ القِسْمَةُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ فَيُسَلَّمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

وَيُتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلاَ يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ وَالصُّلْحِ في (و) الزَّوْجَةِ المُتَنَازَعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ[1] وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ القُرْعَةِ خِلاَفٌ، فَإِذَا تَكَاذَبَتِ البَيِّنَتَانِ صَرِيحاً، لَمْ يَتَّجِهْ إِلاَّ التَّهَاتُرُ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى القَتْلِ في وَقْتٍ، وَشَهِدَ الآخَرُ عَلى الحَيَاةِ في ذَلِكَ الوَقْتِ نَفْسِهِ.
وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الأَقْوَالِ[2] أَيْضاً.

وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لأَحَدِهِمَا، فَهَلْ يُنَزَّلُ إِقْرَارُهُ مَنْزِلَةَ اليَدِ حَتَّىٰ تَرْجَحَ البَيِّنَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ في يَدِهِمَا، وَلاَ يَخْفَىٰ إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، فَههُنَا تَبْقَى الدَّارُ في أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ في النِّصْفِ مُدَّعىً عَلَيْهِ في النِّصْفِ، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَىٰ نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلإِثْبَاتِ بِخِلاَفِ التَّحَالُفِ في البَيْعِ؛ إِذِ النِّصْفُ هَـٰهُنَا مُمَيَّزٌ عَنِ النِّصْفِ وَثَمَّةَ؛ لاَ يَتَمَيَّزُ المُدَّعِي عَنِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ في وُجُوبِ الجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ، فَنَكَلَ الثَّانِي، رُدَّ عَلَيْهِ اليَمِينُ، فَيَحْلِفُ عَلَى الإِثْبَاتِ، وَإِنْ نَكَلَ الأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ القَاضِي؛ تَحَكُّماً، أَوْ بِالقُرْعَةِ، اجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنِّصْفِ الَّذِي في يَدِهِ، وَيَمِينُ الإِثْبَاتِ لِلنِّصْفِ الَّذِي في يَدِ شَرِيكِهِ؛ فَيَكْفِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ.

وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ.

أَمَّا إِذَا وُجِدَ التَّرْجِيحُ، فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلاَثَةٌ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يجري قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين» الظاهر جريان قول الصلح، وهو الوقف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا تكاذبت البينتان صريحاً. . . إلى قوله وقيل بطرد بقية الأقوال» الأول أرجح عند صاحب الكتاب، والأشهر الثاني. [ت]

(المَدْرَكُ الأوَّلُ): قُوَّةُ الحُجَّةِ؛ فَيُقَدَّمُ شَاهِدَانِ عَلَىٰ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ؛ في أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، فَلَوْ ٱقْتَرَنَتِ اليَدُ بِالحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، فَوَجْهَانِ:[1]

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ اليَدَ أَوْلَىٰ.

(والثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلاَنِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ، فَلاَ تَرْجِيحَ بِهِ (م)؛ في القَوْلِ الجَدِيدِ أَصْلاً؛ بِخِلاَفِ الرِّوَايَةِ؛ وَكَذَا لاَ تَرْجِيحَ لِرَجُلَيْنِ عَلَىٰ رَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ.

(المَدْرَكُ الثَّانِي: اليَدُ)، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَىٰ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَىٰ مُدَّعِي التَّسْجِيلِ، لَمْ يَجُزْ (و) وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَىٰ لإِسْقَاطِ اليَمِينِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ وَقَبْلَ التَّعْدِيلِ، فَوَجْهَانِ، أَمَا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بِبَيِّنَةِ الخَارِجِ، أَوِ ٱدَّعَىٰ مِلْكاً سَابِقاً، فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ القَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ القَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ تُقَدَّمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ(و).

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَسْتَعْمِلُ بَيِّنَتَهُ إِلاَّ في إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، فَيَبْقَىٰ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ كَمَا كَانَ.

(فَرْعَانِ):

(الأَوَّلُ): الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ، فَٱدَّعَى الشِّرَاءَ مِنَ المُدَّعِي، أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ، فَٱدَّعَى الإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ البَيِّنَةُ حَاضِرَةً، سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ اليَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، طُولِبَ في الوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ، ٱسْتَرَدَّ.

(الثَّانِي): مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكٍ، لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ، حَتَّىٰ يَدَّعِيَ تَلَقِّي المِلْكِ مِنَ المُقَرِّ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ، فَهَلْ يَحْتَاجُ بَعْدَهُ في الدَّعْوَى إِلَىٰ ذِكْرِ التَّلَقِّي مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَالأَجْنَبِيُّ لاَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ؛ إِذِ البَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ دَعْوَى المِلْكِ مُطْلَقاً.

(المَدْرَكُ الثَّالِثُ: ٱشْتِمَالُ إِحْدَى البَيِّنَتَينِ عَلَىٰ زِيَادَةٍ)، وَهِيَ أَقْسَامٌ:

(الأَوَّلُ) زِيَادَةُ التَّارِيخِ[2]، فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ، أَنَّهُ مَلَكَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالأُخْرَىٰ مُنْذُ سَنَتَيْنِ، فَفِي

---

(١) قال الرافعي: «فلو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة فوجهان. . . إلى آخرها» قيل: فيه قولان. ترجيح صاحب الكتاب اليد، وترجيح لآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «المدرك الثالث اشتمال إحدى البينتين على زيادة وهي أقسام الأول: زيادة التاريخ»، ثم قال الطرف الثاني في العقود، والثالث في الموت ترتيب الكتاب من هنا إلى آخر الباب مضطرب، فإن زيادة التاريخ تدخل في العقود والموت، كما في الأموال المطلقة ولا ينبغي أن يدخل بعض أقسام التقسيم في بعض، ويجوز أن يقول في أول الركن تعارض البينتين قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها كالعقود والموت والوصية، فهذه أطراف : الأول في الأملاك والبينتان المُتَعَارضتان فيها، إما أن يخلو عن الترجيح=

تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً، وَالأُخْرَىٰ مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ، مِنْ نِتَاجٍ أَوْ شِرَاءٍ، أَوْ زِرَاعَةٍ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُرَجَّحَ المُقَيَّدُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلسَّبْقِ أَثَراً، فَكَانَ السَّبْقُ فِي جَانِبٍ وَالْيَدُ فِي جَانِبٍ، قُدِّمَ الْيَدُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالسَّبْقُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيَتَعَادَلاَنِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالأَمْسِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ، لَمْ تُسْمَعْ (و) حَتَّىٰ يَقُولَ: هُوَ مِلْكُهُ فِي الحَالِ، أَوْ لاَ أَعْلَمُ لَهُ مُزِيلاً، فَإِنْ قَالَ: لاَ أَدْرِي، زَالَ أَمْ لاَ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقِدُ أَنَّهُ مِلْكُهُ؛ بِمُجَرَّدِ الاسْتِصْحَابِ، فَفِي قَبُولِهِ خِلاَفٌ، أَمَّا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِالأَمْسِ، ثَبَتَ الإِقْرَارُ، وَيُسْتَصْحَبُ(و) مُوجِبُ الإِقْرَارِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّاهِدُ لِلْمِلْكِ فِي الحَالِ، وَلَوْ قَالَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: كَانَ مِلْكَكَ بِالأَمْسِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ؛ لأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَحْقِيقٍ، فَيُسْتَصْحَبُ؛ بِخِلاَفِ الشَّاهِدِ؛ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَخْمِينٍ؛ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مِلْكُهُ بِالأَمْسِ، اشْتَرَاهُ مِنَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، أَوْ أَقَرَّ لَهُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بِالأَمْسِ، فَيُسْمَعُ فِي الحَالِ؛ لأَنَّهُ اسْتَنَدَ إِلَىٰ تَحْقِيقٍ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَىٰ أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ المُدَّعِي بِالأَمْسِ، قُبِلَ، وَجُعِلَ المُدَّعِي صَاحِبَ يَدٍ[1].

(الفَرْعُ الثَّانِي): الْبَيِّنَةُ المُطْلَقَةُ لاَ تُوجِبُ تَقَدُّمَ زَوَالِ المِلْكِ عَلَىٰ مَا قَبْلَ الْبَيِّنَةِ؛ حَتَّىٰ لَوْ شَهِدَ عَلَىٰ دَابَّةٍ، فَنِتَاجُهَا قَبْلَ الإِقَامَةِ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَالثَّمَرَةُ الْبَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضاً كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ (و)، أَنَّ الجَنِينَ حَالَ الشَّهَادَةِ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَإِنْ أَمْكَنَ انْفِصَالُهُ بِالْبَيْعِ وَبِالوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالمَذْهَبُ أَنَّ المُشْتَرِيَ، إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ المُتَّهَبِ مِنَ المُشْتَرِي، أَوْ مِنَ المُشْتَرِي مِنَ المُشْتَرِي، رَجَعَ الأَوَّلُ أَيْضاً، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ عَلَى المُشْتَرِي قَبْلَ إِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْهُ، عَلَىٰ أَنَّ المِلْكَ سَابِقٌ، فَيُطَالِبُ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يُتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجٌ حَصَلَ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشِّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَكِنْ أَطْلَقَ الأَصْحَابُ الكَلاَمَ كَذَلِكَ، فَلاَ يَبْعُدُ (و) أَنْ يُقَالَ: لاَ يُرْجَعُ إِلاَّ إِذَا ادُّعِيَ مِلْكٌ سَابِقٌ عَلَىٰ شِرَائِهِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا ادَّعَىٰ مِلْكاً مُطْلَقاً، فَذَكَرَ الشَّاهِدُ المِلْكَ وَسَبَبَهُ، لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ، وَجَبَ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَىٰ لِلسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدُ سَبَباً آخَرَ سِوَىٰ مَا ذَكَرَهُ المُدَّعِي، تَنَاقَضَتِ الشَّهَادَةُ وَالدَّعْوَىٰ، فَلاَ تُسْمَعُ عَلَىٰ أَصْلِ المِلْكِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي العُقُودِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ الْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ، وَقَالَ المُكْتَرِي: بَلْ أَكْرَيْتَ الدَّارَ بِالعَشَرَةِ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَالأَصَحُّ أَنْ لاَ تَرْجِيحَ؛ لأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي المَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا

= أو يشتمل عليه، وللترجيح أسباب ثلاثة ثالثها اشتمال إحدى البينتين على التاريخ. [ت]

(١) قال الرافعي: «ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعي بالأمس قُبِلَ وجعل المدعى صاحب يد» هذا غير مساعد عليه، بل طرق الأصحاب والشافعي مُتَّفقة على أن قيام البينة على اليد بالأمس، كقيامها على الملك في الأمس كالوقف. [ت]

الكِرَاءَ عَشَرَةٌ، وَالآخَرُ عِشْرِينَ، فَيَتَعَارَضَانِ، وَلاَ يَجْرِي إِلاَّ قَوْلُ التَّهَاتُرِ أَوِ القُرْعَةُ، أَمَّا القِسْمَةُ، فَلاَ يُمْكِنُ إِذِ الزِّيَادَةُ يَدَّعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الآخَرُ، وَلاَ يُثْبِتُهَا لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الوَقْفِ لاَ يُمْكِنُ (و)؛ إِذْ تَفُوتُ المَنَافِعُ.

(الثَّانِيَةُ): ادَّعَىٰ رَجُلاَنِ داراً في يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا، قُدِّمَ وَإِلاَّ جَرَتِ الأَقْوَالُ الأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ، إِمَّا بِقُرْعَةٍ أَوْ قِسْمَةٍ، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ؛ إِذْ لاَ تَضَادَّ في اجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالقِسْمَةِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الفَسْخِ؛ فَإِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ، وَكَانَ لِلآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي المَسْأَلَةِ قَوْلٌ خَامِسٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ البَيِّنَةَ في فَسْخِ العَقْدَيْنِ؛ لِتَعَذُّرِ الإِمْضَاءِ[1]، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ أَلْفاً مِنْ ثَمَنِ دَارٍ في يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لاَ تَعَارُضَ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ في ذِمَّتِهِ إِلاَّ إِذَا عَيَّنَا وَقْتاً يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَاقِبَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): ادَّعَىٰ عَبْدٌ، أَنَّ مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ، وَادَّعَىٰ آخَرُ؛ أَنَّ مَوْلاَهُ بَاعَهُ مِنْهُ، فَالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، وَلاَ يُقَدَّمُ (ز) جَانِبُ العَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ في يَدِ نَفْسِهِ.

وَعَلَىٰ قَوْلِ القِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ العَبْدِ، وَلاَ يَسْرِي؛ (و) لأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْراً[2].

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: في المَوْتِ)، وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): ابْنٌ مُسْلِمٌ، وَآخَرُ نَصْرَانِيٌّ، ادَّعَى المُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ، وَالمُقَدَّمُ بَيِّنَةُ المُسْلِمِ، إِنْ تَعَارَضَتَا؛ لأَنَّ النَّاقِلَةَ أَوْلَى مِنَ المُسْتَصْحِبَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَىٰ الابْنُ الإِرْثَ في دَارٍ (ح)، وَادَّعَتْ زَوْجَةُ الأَبِ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ نَصْرَانِيٍّ، أَنَّهُ نَطَقَ بِالتَّنَصُّرِ، وَمَاتَ عَقِيبَهُ، فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ، وَيَجْرِي (و) قَوْلُ القِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لاَ يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ في إِرْثٍ، وَلَوْ كَانَ المَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ، فَادَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ مَاتَ عَلَىٰ دِينِهِ، فَلاَ تَرْجِيحَ (ح و) لِبَيِّنَةِ الإِسْلاَمِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ بِالتَّصْدِيقِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَالَ في يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَمْ يُخَصَّ بِالتَّصْدِيقِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ؛ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الإِرْثِ، وَيُصَلَّىٰ عَلَىٰ هَذَا المَيِّتِ؛ احْتِيَاطاً؛ فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

(الثَّانِيَةُ): مَاتَ نَصْرَانِيٌّ في رَمَضَانَ، فَادَّعَىٰ أَحَدُ ابْنَيْهِ، أَنَّهُ أَسْلَمَ في شَوَّالٍ، فَيَرِثُهُ، وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ في شَعْبَانَ، فَلاَ تَرِثُهُ، فَبَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ أَوْلَىٰ؛ لأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْلِمِ، إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الابْنُ في رَمَضَانَ، لَكِنِ ادَّعَىٰ أَنَّ الأَبَ مَاتَ في شَعْبَانَ، فَتَقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ، لَكِنَّ القَوْلَ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ، لأَنَّ الأَصْلَ دَوَامُ الحَيَاةِ إِلَى شَوَّالٍ.

---

(١) قال الرافعي: «وفي المسألة قولٌ خامس أنه يستعمل البينة في فسخ العقدين لتعذُّر الإمضاء» الأثبت من رواية هذا القول بطلان العقدين لا إنشاء الفسخ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يسري لأنه محكوم به قهراً» هذا أحد الوجهين والأصح عند جماعة» السراية منهم القاضي الروياني. [ت]

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَقَامَتْ بَيِّنَةُ الوَارِثِ، أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَبَيِّنَةُ العَبْدِ؛ أَنَّهُ قُتِلَ، فَقَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: التَّسْوِيَةُ.

وَالآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ القَتْلِ؛ لِمَا فِيها مِنَ الزِّيَادَةِ.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِي العِتْقِ وَالوَصِيَّةِ)، وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

(الأُولَىٰ): إِذَا ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ بِبَيِّنَتَيْنِ؛ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ المَرِيضِ المُعْتِقِ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ؛ إِذِ الغَالِبُ أَنَّهُمَا مُتَعَاقِبَانِ، فَيُعْتَقُ السَّابِقُ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ، فَهُوَ كَمَا لَوِ ٱجْتَمَعَا عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي الجُمُعَتَيْنِ وَالنِّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالاجْتِمَاعِ، فَيُقْرَعُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ سُدُسَ المَالِ، وَخَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ عَتَقَ، وَعَتَقَ مِنَ الآخَرِ نِصْفُهُ؛ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا القِسْمَةَ، فَيَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَاهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لأَنَّ نِصْفَ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الزَّحْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي.

(الثَّانِيَةُ): شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِماً، وَهُوَ ثُلُثٌ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ؛ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَالِماً، وَهُوَ ثُلُثٌ، رَقَّ (ح م) غَانِمٌ، وَعَتَقَ سَالِمٌ؛ إِذْ لاَ تُهْمَةَ عَلَى الوَارِثِ؛ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلاً، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ المَالِ، صَارَ مُتَّهماً، فَيَعْتِقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ، وَيَعْتِقُ سَالِمٌ بِالإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقْرَعُ أَيْضاً، وَيَلْغُو شَهَادَةُ الرُّجُوعِ، وَتَبْقَىٰ شَهَادَةُ العِتْقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَىٰ بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِبَكْرٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَىٰ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَىٰ وَجْهٍ: تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ المُبْهَمِ، وَيُسَلَّمُ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ: يَصِحُّ لِتَعَيُّنِ المَشْهُودِ لَهُ وَالمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَإِلْحَاقِ القَائِفِ)

وَلَهُ أَرْكَانٌ:

(الأَوَّلُ: المُسْتَلْحَقُ)، وَيَصِحُّ ٱسْتِلْحَاقُ الحُرِّ وَالعَبْدِ[1] وَالمُعْتَقِ، وَفِي العَبْدِ وَالمُعْتَقِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ

---

(١) قال الرافعي: «ويصح استلحاق الحر والعبد» استلحاق العبد والخلاف فيه مذكور في «اللّقيط» حيث قال: ولو استلحقه عبد، فالصحيح من القولين أنه كالحُـرّ في النسب. [ت]

لاَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ[١]؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الوَلاَءِ، وَيَصِحُّ ٱسْتِلْحَاقُ المَرْأَةِ[٢]؛ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ إِلاَّ إِذَا كَانَتْ خَلِيَّةً مِنَ الزَّوْجِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المُلْحِقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُدْلِجِيٍّ مُجَرِّبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ المُدْلِجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ القِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجْرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلاَثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ النِّسْوَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أُمُّهُ، ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أُمُّهُ، فَإِنْ أَصَابَ فِي الكُلِّ، قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي القَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالحُرِّيَّةُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ العَدَدُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ العَرْضِ عَلَى القَائِفِ)، فَالمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ ٱثْنَانِ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمْكِناً شَرْعاً؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِىءَ الثَّانِي بَعْدَ تَخَلُّلِ حَيْضَةٍ، ٱنْقَطَعَ الإِمْكَانُ عَنِ الأَوَّلِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَفِي ٱنْقِطَاعِ إِمْكَانِهِ قَوْلاَنِ.

وَمَنِ ٱنْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ، لَحِقَهُ، فَإِنْ بَلَغَ، فَٱنْتَفَىٰ عَنْهُ، هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[٣].

وَإِنِ ٱدَّعَىٰ نَسَبَ بَالِغٍ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ، أَلْحَقَهُ القَائِفُ[٤]، وَإِنْ أَقَرَّ، فَلاَ حَاجَةَ إِلَى القَائِفِ.

وَمَنِ ٱدَّعَىٰ نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَىٰ فِرَاشِ غَيْرِهِ؛ بِأَنِ ٱدَّعَىٰ وَطْئاً بِالشُّبْهَةِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ وَافَقَهُ الزَّوْجَانِ، بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الوَطْءِ؛ لِحَقِّ المَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَيَا صَبِيّاً، وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَحِقَ بِصَاحِبِ اليَدِ خَاصَّةً[٥].

---

(١) قال الرافعي: «وفي العبد والمعتق وجه أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى» المشهور اختلاف القول دون الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويصح استلحاق المرأة» المسألة مذكورة في «اللقيط». [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن بلغ فانتفى عنه فهل يقبل؟ فيه القولان» المشهور الوجهان وقال أيضاً: «فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان» المسألة مذكورة مرة في «الإقرار» وأخرى في «اللقيط». [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادَّعى نسبه بالغ فأنكره لم يلحقه، وإن ألحقه القائف وإن سكت ألحقه القائف» هذا لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، وليس هناك إلاّ واحد يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، وهو ساكت فيعرض على القائف. [ت]

وقال أيضاً: «وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه» هي مذكورة في البابين أيضاً. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن تداعيا صبيّاً، وهو في يد أحدهما ألحق بصاحب اليد خاصته» الأشبه تفصيل أو رده في اللّقيط، وهو أن اليد إن كانت عن التقاط لم يؤثر، وإلا فصاحب اليد إن تقدم استلحاقه، وإلاّ فوجهان. [ت]

وَمَنِ ٱسْتَلْحَقَ، وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وِلاَدَتَهُ، فَهَلْ يَلْحَقُهَا (و) بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الأَبِ؟ فِيهِ وجْهَانِ، وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفاً، أَوْ تَحَيَّرَ؛ فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ، حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ ٱخْتِيَارُهُ كَإِلْحَاقِ القَائِفِ؛ حَتَّىٰ لاَ يُقْبَلَ رُجُوعُهُ؛ كَمَا لاَ يُقْبَلُ رُجُوعُ القَائِفِ[1].

وَلاَ يُلْتَفَتُ إِلَى ٱنْتِسَابِ الصَّغِيرِ المُمَيِّزِ، وَإِنْ وَطِئَا في طُهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبِلَتْ، لَكِنِ ٱدَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الوَلَدَ، وَسَكَتَ الآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ الوَلَدِ قَبْلَ إِلْحَاقِ القَائِفِ ـ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ القَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ، عُرِضَ عَلَى القَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

(١) قال الرافعي: «وإن لم يجد قائفاً أو تحيّر.. إلى قوله: كما لا يقبل رجوع القائف». يفيده قوله في «اللقيط»[ت].

(كِتَابُ العِتْقِ)

وَلاَ يَخفَىٰ أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لاَ يُصَادِفُ إِعْتَاقُهُ حَقّاً لاَزِماً، وَصَرِيحُ لَفْظِهِ الإِعْتَاقُ وَالتَّحْرِيرُ، أَمَّا فَكُّ الرَّقَبَةِ، فَهُوَ صَرِيحٌ، عَلَى وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِٱسْمِهَا القَدِيمِ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِراً[1]، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱسْمُهَا فِي الحَالِ حُرَّةَ.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يا ازا ذمرد)، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الوَصْفَ بِالجُودِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱسْمُهُ ازاذمرد، أَوْ كان (و) مَعَهُ قَرِينَةٌ، تَدُلُّ عَلَى المَدْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي، وَلِجَارِيَتِهِ يَا كذبانوا، فَهُو لَيْسَ بِكِنَايَةٍ[2]، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلاَيَ، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ، لَغَا، إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِنْشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِقْرَارُ، فَإِذَا ٱشْتَرَاهُ، كَانَ مُؤَاخَذاً بِهِ.

وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ العِتْقِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الخَاصِّيَّةُ الأُولَى: السِّرَايَةُ)، وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ سَرَىٰ إِلَى البَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عُضْواً مُعَيَّناً، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ، قُوِّمَ (ح) عَلَيْهِ البَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

(الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِراً بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنْ قُوتِ يَوْمِهِ وَدَسْتِ ثَوْبٍ؛ كَمَا كَانَ فِي الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ، فَهُوَ مُعْسِرٌ؛ عَلَى الأَصَحِّ[3].

وَالمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلاَّ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ، وَالمَيِّتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقاً؛ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: إِذَا مُتُّ، فَنَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالبَعْضِ، سَرَىٰ بِذَلِكَ القَدْرِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَعَلَى وَجْهٍ: لاَ يَسْرِي.

(الثَّانِي): أَنْ يُعْتِقَ بِٱخْتِيَارِهِ، فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرِيبِهِ، فَعَتَقَ، لَمْ يَسْرِ، وَإِنِ ٱتَّهَبَ أَوِ ٱشْتَرَىٰ، سَرَىٰ.

(الثَّالِثُ): أَلاَّ يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السِّرَايَةِ حَقٌّ لاَزِمٌ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ رَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَدْبِيرٌ أَوْ

---

(١) قال الرافعي: «فإذا قال: يا حرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً» هذا وجه والأشبه القبول[ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو قال له يا سيدي، ولجاريته (ياكذبانوا) فهو ليس بكناية» هذا الوجه في الأشبه أنه كناية [ت].

(٣) قال الرافعي: «ولو كان عليه دين بقدر ماله، فهو معسر على الأصح» عند الأكثرين أنه موسر والدين لا يمنع السراية[ت].

ٱسْتِيلاَدٌ، فَفِي الكُلِّ خِلاَفٌ[١]، وَٱلاسْتِيلاَدُ أَوْلاَهَا بِالمَنْعِ، وَالتَّدْبِيرُ أَضْعَفُهَا.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَمَكَّنَ العِتْقُ مِنَ نَصِيبِهِ أَوَّلاً، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَ شَرِيكِي، لغا قَوْلهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا العَبْدِ، فَيُعْتَقُ جَمِيعُ نِصْفِهِ، وَلكِنْ لَوْ قَالَ: بِعْتُ هَذَا العَبْدَ، فَيُنَزَّلُ عَلَىٰ نِصْفٍ شَائِعٍ؛ لِيَبْطُلَ في البَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنَصِيبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا فِي الإِقْرَارِ، وَالأَوْلَىٰ تَخْصِيصُ البَيْعِ بِنَصِيبِهِ وَإِشَاعَةُ الإِقْرَارِ، ثُمَّ إِذَا وُجِدَتِ الشُّرُوطُ، فَتَتَعَجَّلُ (م) السِّرَايَةُ، عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ أَدَاءِ القِيمَةِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَعِنْدَ الأَدَاءِ يَتَبَيَّنُ (م) إِسْنَادُ العِتْقِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَنْبَنِي عَلَى الأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ ٱلاسْتِيلاَدِ تَجْرِي فِيهِ الأَقْوَالُ، وَالعِتْقُ أَوْلَىٰ بِالتَّعْجِيلِ؛ لأَنَّهُ تَنْجِيزٌ.

وَقِيلَ عَكْسُهُ؛ لأَنَّ ٱلاسْتِيلاَدَ فِعْلِيٌّ.

(الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلاَثَةٍ، لأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ، وَلِلآخَرِ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَا، وَسَرَىٰ، فَالقِيمَةُ لِلسِّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ رُؤُسِهِمَا، أَوْ عَلَىٰ قَدْرِ مِلْكِهِمَا؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[٢].

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأَخُّرِ السِّرَايَةِ، فَيَجِبُ أَقْصَىٰ قِيمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الإِعْتَاقِ إِلَىٰ يَوْمِ الأَدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الأَدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَوْمُ الإِعْتَاقِ[٣].

وَإِنْ ٱخْتَلَفَا في قَدْرِ القِيمَةِ، فَالقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ، إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ الغَارِمُ نَقِيصَةً طَارِيَةً، فَيُخَرَّجُ عَلَىٰ قَوْلَيْ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ؛ عَلَىٰ قَوْلِ التَّوَقُّفِ، فَالقِيمَةُ في تَرِكَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ، فَفِي سُقُوطِ القِيمَةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَنْفُذُ بَيْعُ الشَّرِيكِ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهْمَا أَعْسَرَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ، ٱرْتَفَعَ الحَجْرُ عَنِ الشَّرِيكِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَأَعْتَقَ المَقُولُ لَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ أَقْوَىٰ مِنَ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، نَفَذَ عَلَى المُعَلِّقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيبِي قَبْلَهُ حُرٌّ، فَهُوَ دَوْرٌ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى المَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

(السَّادِسَةُ): لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ، وَأَنْتَ مُوسِرٌ، فَأَنْكَرَ، عَتَقَ نَصِيبُ المُدَّعِي مَجَّاناً، وَلَهُ

---

(١) قال الرافعي: «فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدبير أو استيلاد، ففي الكل خلاف»، وفي التدبير والاستيلاد قولان [ت].

(٢) قال الرافعي: «عبد بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا. . . . إلى قوله قولان» هذه طريقة، والأظهر عند الأصحاب القطع بأن قسمة ما سرى إليه على عدد الرؤوس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته. . . إلى قوله وقيل بل يوم الإعتاق» النظم يشعر بترجيح الأول، والذي أورده الأكثرون اعتبار قيمة يوم الإعتاق [ت].

أَنْ يُحلِّفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، ٱسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ المَرْدُودَةِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَمْ يُعْتَقْ (و) نَصِيبُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشَّكِّ.

فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ العَبْدَ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النِّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِينِ، وَلَمْ يَكُنْ (و) لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالثَّمَنِ.

(الخَاصِّيَّةُ الثَّانِيَةُ: عِتْقُ القَرَابَةِ)، وَمَنْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ أَحَدُ أَبْعَاضِهِ، أَعْنِي أُصُولَهُ وَفُرُوعَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، سَوَاءٌ دَخَلَ قَهْراً بِالإِرْثِ أَوِ ٱخْتِيَاراً بِالعَقْدِ، فَلَا يَعْتِقُ (ح م) مَنْ عَدَا الأَبْعَاضَ، وَلاَ يَشْتَرِي الطِّفْلُ قَرِيبَهُ، وَلَكِنْ يَتَّهِبُ الوَلِيُّ لَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَجِبُ النَّفَقَةُ فِي الحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةَ نِصْفِ قَرِيبِهِ، لَمْ يَصِحَّ؛ حَذَراً مِنَ السِّرَايَةِ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ، وَلاَ يَسْرِي.

وَالمَرِيضُ إِذَا ٱشْتَرَىٰ قَرِيبَهُ، عَتَقَ إِنْ وُفِّيَ بِهِ ثُلُثُهُ، وَإِلاَّ لَمْ يَعْتِقْ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ، فَيُحْسَبُ مِنْ رَأْسِ المَالِ، أَوِ الثُّلُثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ المَالِ، عَتَقَ عَلَى المَحْجُورِ المُفْلِسِ أَيْضاً، وَالمَدْيُونِ، وَالمَرِيضِ، وَلَوِ ٱشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ، فَقَدْرُ المُحَابَاةِ يُخَرَّجُ عَلَى الوَجْهَيْنِ، وَالبَاقِي لاَ يَعْتِقُ، وَلَوْ قَهَرَ الحَرْبِيُّ حَرْبِيّاً، مَلَكَهُ، وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ المُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ مَأْخَذُهُمَا دَوَامُ القَهْرِ المُبْطِلِ لِلْعِتْقِ، إِنْ فُرِضَ، وَدَوَامُ القَرَابَةِ الدَّافِعَةِ لِمِلْكِ القَهْرِ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ نِصْفَ قَرِيبِهِ، عَتَقَ وَسَرَىٰ عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ، لَمْ يَسْرِ، وَلَوْ قَبِلَ وَكِيلُهُ، فَٱخْتِيَارُ وَكِيلِهِ كَٱخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِبَعْضِ أَبِيهِ، فَمَاتَ قَبْلَ القَبُولِ، فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ، سَرَىٰ عَلَى المَيِّتِ، إِنْ وَفَّىٰ بِهِ الثُّلُثُ، وَكَأَنَّهُ قَبِلَ فِي الحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِبَعْضِ ٱبْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الأَخِ؛ فِي وَجْهٍ؛ لأَنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ لِلْمَيِّتِ، ثُمَّ لَهُ؛ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِيبِهِ بِرَدِّ عِوَضِهِ بِالْعَيْبِ، لأَنَّهُ رَجْعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ.

(الخَاصِّيَّةُ الثَّالِثَةُ: ٱمْتِنَاعُ الْعِتْقِ بِالمَرَضِ)، فَإِذَا أَعْتَقَ عَبْداً، لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا العَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ، فَيَمُوتُ رَقِيقاً كُلُّهُ، أَوْ حُرّاً، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ، وَثُلُثَاهُ رَقِيقٌ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ، فَمَاتَ فِي مُؤْنَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَّا لَوْ قَتَلَهُ المُتَّهِبُ، فَعَلَيْهِ غَرَامَةُ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ، وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَيُجْعَلُ كَالمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ المَيِّتُ فِي القُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ، رَقَّ الآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَىٰ إِحْدَى الجِهَتَيْنِ، لَمْ يَعْتِقْ إِلاَّ ثُلُثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ قَبْلَ ٱمْتِدَادِ يَدِ الوَارِثِ إِلَيْهِ، هَلْ يَكُونُ كَالمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْخِلاَفَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ القُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، لأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(الخَاصِّيَّةُ الرَّابِعَةُ القُرْعَةُ)، وَمَحَلُّهَا أَنْ يُعْتِقَ عَبِيداً مَعاً، يَقْصُرُ ٱلثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَىٰ تَرْتِيبٍ، فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَىٰ عَلَىٰ تَرْتِيبٍ أَوْ جَمْعٍ، أَقْرَعَ.

وَقِيلَ: لاَ قُرْعَةَ في الوَصِيَّةِ، بَلْ يُقَسَّمُ عَلَيهِمْ.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ، فَفِي إِجْرَاءِ القُرْعَةِ وَجْهَانِ، وَأَسْهَلُ طُرُقِ القُرْعَةِ، إِذَا كَانُوا ثَلاَثَةً: أَنْ يُكْتَبَ الرِّقُّ عَلَىٰ رُقْعَتَيْنِ، وَالحُرِّيَّةُ عَلَىٰ رُقْعَةٍ، وَتُدْرَجَ في بَنَادِقَ مُتَشَابِهَةٍ، وتُعْطَىٰ صَبِيّاً، حتى يُعطِىٰ كُلَّ عَبْدٍ وَاحِداً، وَلاَ يَتَعَيَّنُ الكَاغِدُ، بَلْ يَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالنَّوَىٰ، وَلاَ يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرابٌ ففلانٌ يَتَعَيَّنُ لِلحُرِّيَّةِ.

(أمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْزِئَةِ)، فَسَهْلٌ، إِذَا أَمْكَنَ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ في القِيمَةِ، وَلاَ بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَ عَدَدُهُمْ، بَلْ يُجْبَرُ الخَسِيسُ بِالنَّفِيسِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبُدٍ، قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مَائَةٌ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ التَّثْلِيثِ في القِيمةِ؛ فَيُجَزَّءُونَ إِلَىٰ ثَلاثَةٍ وَثَلاثَةٍ وَاثْنَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَىٰ ثَلاثَةٍ، انْحَصَرَ العِتْقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمَيْ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرِّقُّ، رَقَّ ثُلُثُهُ؛ لِيَرْجِعَ كُلُّ العِتْقِ إِلىٰ قَدْرِ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَىٰ اثْنَيْنِ، عَتَقَا، ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السِّتَّةِ إِلىٰ أَنْ يَخْرُجَ العِتْقُ لِوَاحِدٍ، فَيَرِقُّ ثُلُثُهُ، وَيَعْتِقُ ثُلُثَاهُ.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ التَّثْلِيثَ لاَ يَجِبُ، بَلْ يَجُوزُ القُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ، إِلىٰ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلى المَقْصُودِ.

وَقِيلَ: هَذَا الخِلاَفُ في الاسْتِحْبَابِ دُونَ الاسْتِحْقَاقِ.

فُرُوعٌ:

(الأَوَّلُ): إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ رُبُعِ التَّرِكَةِ، وَلاَ مَالَ لَهُ إِلاَّ عَبِيدٌ قَدْ أَعْتَقَهُمْ، فَيُجَزَّأُ العَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ، وَيُقْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَىٰ جزءٍ سَهْمُ الدَّيْنِ، بِيعَ أَوَّلاً في الدَّيْنِ، وَقُدِّرَ البَاقِي، كَأَنَّهُ كُلُّ المَالِ، فَيُقْرَعُ لإِعْتَاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالْعِتْقِ؛ لأَنَّهُ رُبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ الْعِتْقِ، وَلاَ يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ العِتْقُ علىٰ القَضَاءِ.

وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِتْقِ؛ لأَجْلِ الدَّيْنِ، فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَفِينٌ، تَبَيَّنَّا نُفُوذَ العِتْقِ.

(الثَّانِي): إِذَا أُبْهِمَ العِتْقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ، هَلْ يَكُونُ الوَطْءُ تَعْيِيناً لِلْمِلْكِ في المَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمْسِ بِالشَّهْوةِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وهُوَ الاسْتِخْدَامُ لا يُعَيِّنُ؛ عَلَىٰ الأَصَحِّ (و).

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكَتِهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ مَيِّتاً، انْحَلَّتِ اليَمِينُ، وَلَمْ يَعْتِقِ الحَيُّ بَعْدَهُ.

(الرَّابِعُ): إذا قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ ابْنِي عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلَحِقَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنّاً مِنْهُ، فَلاَ يَعْتِقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، فَفِي العِتْقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الخَامِسُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِماً، فَسَالِمٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِماً، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ،

عَتَقَ غَانِمٌ، وَلاَ قُرْعَةَ (و)؛ لأَنَّهُ رُبَّما يُخَرِّجُ عَلَىٰ سَالِمٍ، فَيَعْتِقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصِّفَةِ.

(السَّادِسُ): عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ، قَالَ أَحدُهُمَا إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِنِ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ في يَدِهِ، وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالثمَنِ.

(السَّابِعُ): إذا قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلا، وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، وَقُلْنَا الوَارِثُ لاَ يَقُومُ مَقَامَهُ في التَّعْيِينِ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ لِفَسَادِ المُسَمَّى بِالإِبْهَامِ.

وَقِيلَ يَصِحُّ المُسَمَّىٰ.

(الثَّامِنُ): جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِنِ ابْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، فَوَلَدَتْ، عَتَقَ نِصْفُهُ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا؛ لأَنَّهُ جَدُّ (م) المَوْلُودِ، وَلاَ يَسْرِي؛ إِذْ لاَ اخْتِيَار، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ، فَفِي لُزُومِ قِيمَةِ الوَلَدِ وَجهَانِ؛ لأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الجَدِّ لَوْلا ظَنُّهُ.

(الخَاصِّيَّةُ الخَامِسَةُ: الوَلاَءُ): ، وَالنَّظَرُ في سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ:

(أَمَّا السَّبَبُ)، فَهُوَ زَوَالُ المِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ، فَهُوَ مَوْلاَهُ، سَوَاءٌ نَجَّزَ عِتْقَهُ، أَوْ عَلَّقَ، أَوْ دَبَّرَ، أَو اسْتَوْلَدَ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ أَعْتَقَ العَبْدَ بِعِوَضٍ، أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَحَقِيقَةُ الوَلاَءِ، أَنَّهُ لُحمةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ المُعْتِقَ سَبَبٌ لِوُجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ؛ كَمَا أَنَّ الأَبَ سَبَبٌ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ في وَجْهٍ عَلَىٰ مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلاَنٍ، دَخَلَ مَوَالِيهِمْ في وَجْهٍ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الوَلاَءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ المُعْتِقِ، لَغا، وَلاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ بِالمُوَالاَةِ وَالعَهْدِ؛ وَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الوَلاَءُ عَلَىٰ أَوْلاَدِ المُعْتِقِ وَأَحْفَادِهِ وَمعتقه مُعْتِقِ مُعْتِقِهِ، فَالمَوْلَىٰ إِمَّا المُعتقُ أَوْ مُعْتِقُ الأَبِ، أَوْ مُعْتِقُ الأُمِّ أَوْ مُعْتِقُ المُعْتِقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الوَلاَءُ عَلَىٰ أَوْلاَدِ المُعْتِقِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرِّقُّ؛ فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ أَصْلاً، إِلاَّ لِمُعتِقِهِ، أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتِقِهِ؛ لأَنَّ المُبَاشَرَةَ أَقْوىٰ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَامَسَّ الرِّقُّ أَبَاه، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً، ثَبَتَ الوَلاَءُ عَلَيْهِ؛ نَظَراً إِلىٰ جَانِبِ الأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّىٰ في إِثْبَاتِ الوَلاَءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّىٰ في النَّفْيِ، وَأَمَّا التَّقْدِيمُ، فَلاَ وَلاَءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرِّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِراً؛ بِأَنْ حَصَلَ في نِكَاحِ الْغُرُورِ مِنْ رَقِيقَتَيْنِ، أَوْ مَنْ مُعْتِقَيْنِ، فَالوَلاَءُ لِمُعْتِقِ الأَبِ، وَإِنْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً بَعْدُ، فَلِمُعْتِقِ الأُمِّ إِلىٰ أَنْ يُعْتَقَ الأَبُ فَيَنْجَرُّ إِلَيهِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً، فَأُعْتِقَ أَبُ الأَبِ، انْجَرَّ الوَلاَءُ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْجَرُّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ الأَبِ، إِنْ أَعْتَقَ.

وَقِيلَ: لا يَنْجَرُّ لأَنَّ الأَبَ رَقِيقٌ، فَلاَ يَنْجَرُّ إِلىٰ أَبِيهِ، وَالمَوْلُودُ مِنْ حُرَّيْنِ، إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرِقَّاءَ، ثَبَتَ الوَلاَءُ عليهِ لِمُعْتِقِ أُمِّ الأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا، ثُمَّ يَنْجَرُّ إِلىٰ مُعْتِقِ أَبِي الأُمِّ، ثُمَّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ أُمِّ الأَبِ، ثُمَّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ أَبِ الأَبِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَبُ رَقِيقاً، فَيَنْجَرُّ إِلىٰ مُعْتِقِ الأَبِ،

وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ أَمَةً حَامِلاً مِنْ مُعْتِقٍ، فَوَلاَءُ الْجَنِينِ لَهُ؛ لأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لاَ لِمُعْتِقِ الأَبِ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقتِ إِعْتَاقِ الأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لأَكْثَرَ، وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا، فَالولاَءُ لِمَوْلَى الأَبِ، وَإِنْ كَانَ لا يَفْتَرِشُهَا، وَهُوَ لأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَقَوْلاَنِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في الحُكْمِ) وَحُكْمُ الوَلاَءِ العُصُوبَةُ، فَيُفِيدُ المِيرَاثَ، وَوِلاَيَةَ التَّزْوِيجِ، وَتَحَمُّلَ العَقْلِ، وَالوَلاَءَ لِلمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيراثُ العَتِيقِ لأُولَىٰ عَصَباتِهِ يَوْمَ مَوْتِ المُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَّفَ آبْناً وَبِنْتاً وَأَباً وَأُماً، فَلاَ مِيراثَ لِلبِنْتِ وَالأُمِّ، بَلْ لاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ أَصْلاً لامْرَأَةٍ، إِلاَّ إِذَا بَاشَرَتْ العِتْقَ، فَلَهَا الوَلاَءُ عَلَيْهِ، وَعَلَىٰ أَحْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عَتِيقِهِ؛ كَالرَّجُلِ، وَالأَخُ لاَ يُقَاسِمُ الجَدَّ في الوَلاَءِ؛ في أَحَدِ القَوْلَينِ[1] بَلْ هُوَ أَوْلَىٰ، ، وَآبْنُ الأَخِ أَيْضاً أَوْلَىٰ مِنَ الجَدِّ؛ عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ؛ لِقُوَّةِ البُنُوَّةِ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ مُقَدَّمٌ عَلَى الأَخِ لِلأَبِ؛ في أَصَحِّ القَوْلَيْنِ[2]، وَلاَ يُعَادُّ بِالأَخِ لِلأَبِ، إِنْ رَأَيْنَا المُقَاسَمَةَ بَيْنَ الجَدِّ وَالإِخْوَةِ، وَإِذَا آجْتَمَعَ أَبُ المُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الأَبِ، فَلاَ وَلاَءَ لِمُعْتِقِ الأَبِ أَصْلاً؛ لأَنَّ عَلَى المَيِّتِ وَلاَءَ المُبَاشَرَةِ، فَالمَالُ لِعَصَبَةِ مُعْتِقِهِ، وَهُوَ الأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُظَنُّ أَنَّ مُعتِقَ أَبِ المُعْتِقِ أَوْلَىٰ مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ، وَهُوَ غَلَطٌ.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): إِذَا آشْتَرَىٰ أَخٌ وَأُخْتٌ أَبَاهُمَا، فَعتَقَ عَلَيْهِما، ثُمَّ أَعْتَقَ الأَبُ عَبْداً، وَلَمْ يُخَلِّفِ العَتِيقُ إِلاَّ الأَخَ وَالأُخْتَ، فَالمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ؛ لأَنَّهُ عَصَبَةُ المُعْتِقِ، وَلاَ شَيْءَ لِلأُخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتِقَةُ المُعْتِقِ، بَلْ لَوْ خَلَّفَ آبْنَ عمِّ المُعْتِقِ، وَالبِنْتَ، لَكَانَ آبْنُ العَمِّ أَوْلىٰ، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الأَخُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ أُخْتَهُ، فَلَهَا ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ؛ النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ، وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا عَلَىٰ نِصفِ أَبِيهِ؛ لأَنَّ أَخَاهَا وَلَدُ مُعْتِقِها، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الأَبُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ البِنْتَ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالبُنُوَّةِ، وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا، عَلَىٰ نِصْفِ الأَبِ.

(الثَّانِي): أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ، آشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا، وَالأُخرَىٰ أُمَّهُمَا، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلاَةُ صَاحِبَتِهَا؛ لأَنَّ وَلاَءَ الأُمِّ لَمْ يُمْكِنِ آنْجِرارُهُ إِلَىٰ مُشْتَرِيَةِ الأَبِ؛ إِذْ لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَىٰ نَفْسِهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُّ وَيَسْقُطُ، فَلاَ وَلاَءَ عَلَىٰ مُشْتَرِيَةِ الأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الأُمِّ.

(الثَّالِثُ): آشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا، ثُمَّ شَارَكَتِ الأُمُّ أَجْنَبِيّاً في شِرَاءِ أَبِيهِمَا، فَإِذَا مَاتَتْ إِحْدَىٰ الأُخْتَيْنِ، وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلاَّ الأُخْتَ الأُخْرَىٰ، فَالنِّصْفُ لَهَا بِالأُخُوَّةِ، وَالبَاقِي لِلأَجْنَبِيِّ وَالأُمِّ؛ فَإِنَّهُمَا مُعْتِقَا أَبِيهِمَا لَكِنَّ الأُمَّ مَيِّتَةٌ، فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلى الأُخْتَيْنِ؛ لأَنَّهُمَا أَعْتَقَتَاهَا، لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيِّتَةٌ، وَحَصَلَ لَهَا الثُّمُنُ، فَيَرْجِعُ إِلىٰ الأَجْنَبِيِّ وَأُمِّهَا، وَمِنَ الأُمِّ إِلى المَيِّتَةِ وَالحَيَّةِ، وَيَدُورُ وَلاَ يَنْقَطِعُ، فَالصَّوابُ (و) أَنْ يُقَسَّمَ المَالُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيَكُونَ لَهَا النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ، وَالبَاقِي ثَلاَثَةٌ، يُقَسَّمُ عَلَيْهَا

---

(١) قال الرافعي: «والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين» المسألة مذكورة في الفرائض [ت].

(٢) قال الرافعي: «والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين» هي مذكورة في الفرائض أيضاً، والمعاد في الصورتين يشتمل على زيادات [ت].

وَعَلَىٰ الأَجْنَبِيِّ أَثْلَاثاً؛ لِلأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ، وَلَهَا سَهْمٌ؛ فَتَتَحَصَّلُ هِيَ عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ؛ لأَنَّ الثُّمُنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَىٰ المَيِّتَةِ، يَحْصُلُ لِلأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلأُخْتِ.

(كِتَابُ ٱلتَّدْبِيرِ)

والنَّظَرُ في أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ: (أَمَّا الأَرْكَانُ)، فَهُوَ اللَّفْظُ، وَالأَهْلُ:

(أَمَّا اللَّفْظُ) فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي.

وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ التَّدْبِيرِ كِنَايَةٌ، وَالتَّدْبِيرُ المُقَيَّدُ كَالمُطْلَقِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ فَيَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِيَوْمٍ، وَلاَ يَحْتَاجُ (ح) إِلَى الإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، فَلاَ يَصِيرُ مُدَبَّراً، مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلاَ يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ حَتَّىٰ يَمُوتَ الآخَرُ، لَكِنْ لَيْسَ لِلوَارِثِ بَيْعُهُ حَتَّىٰ يَمُوتَ الشَّرِيكُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ لاَ يَبِيعُهُ (و) قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لِلوَارِثِ إِبْطَالُ تَعْلِيقِ المَيِّتِ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِيَّتِهِ المُضَافَةِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، إِنْ شِئْتَ، صَارَ مُدَبَّراً، إِنْ شَاءَ؛ عَلَى الفَوْرِ (و)، وَإِنْ قَالَ: مَتَىٰ شِئْتَ، لَمْ يُشْتَرَطِ الفَوْرُ، لَكِنْ لاَ بُدَّ مِنَ المَشِيئَةِ فِي الحَيَاةِ؛ إِلاَّ إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ المَوْتِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ (و) الفَوْرُ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الحَيَاةِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَيَكْفِي المَشِيئَةُ بَعْدَ المَوْتِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَلاَ بُدَّ مِنْهُمَا؛ فِي وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ العَيْنَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتَقَ بِكُلِّ (و) مَا يُسَمَّىٰ عَيْناً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الأَهْلُ)، وَلاَ يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مِنَ المَجْنُونِ وَغَيْرِ المُمَيِّزِ، وَمِنَ المُمَيِّزِ قَوْلاَنِ، وَمِنَ السَّفِيهِ يَنْفُذُ.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ.

وَمِنَ المُرْتَدِّ: يُبْنَىٰ عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَإِنْ دَبَّرَ، ثُمَّ ٱرْتَدَّ، لَمْ يَبْطُلْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَإِذَا بَطَلَ، فَإِنْ أَسْلَمَ، عَادَ.

وَقِيلَ: يُبْتَنَىٰ عَلَىٰ عَوْدِ الحِنْثِ.

فَإِذَا مَاتَ مُرْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، نَفَذَ (و) مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ المَالُ لِلفَيْءِ، وَالكَافِرُ الأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبَّرُهُ، يُبَاعُ عَلَيْهِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ؛ كَالمُسْتَوْلَدَةِ.

وَالمُكَاتَبُ كَالمُسْتَوْلَدَةِ.

وَقِيلَ: كَالمُدَبَّرَةِ.

وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، لَمْ يَسْرِ إِلَى البَاقِي.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ)، وَلَهُ حُكْمَانِ:

(الأَوَّلُ: ارْتِفَاعُهُ)، وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ:

(الأَوَّلُ: إِزَالَةُ المِلْكِ)، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ (ح م و) المُدَبَّرُ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ، فَهَل يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)[1].

(الثَّانِي): أَنَّ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَعْلِيقٌ، فَلاَ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقُوهُ عَنِّي، فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مُتُّ، فَدَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ شِئْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ تَعْلِيقٌ، وَلاَ رُجُوعَ عَنْهُ بِالصَّرِيحِ، وَلاَ يَنْقَطِعُ (و) التَّدْبِيرُ بِالاسْتِيلاَدِ؛ لأَنَّهُ يُوَافِقُهُ[2] بِخِلاَفِ الوَصِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ» رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ المُطْلَقِ[3].

(الثَّالِثُ): إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ.

وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ، بَلْ يُحَلَّفُ[4].

وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي إِنْكَارِ الوَصِيَّةِ وَالوكَالَةِ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ البَيْعِ الجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخٍ، ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

(الرَّابِعُ): مُجَاوَزَةُ الثُّلُثِ، فَإِذَا دَبَّرَ عَبْداً لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثُهُ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي الصِّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ، لَمْ يَتَنَجَّزْ، عَتَقَ ثُلُثُهُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَتَسَلَّطَ العَبْدُ عَلَىٰ شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الوَرَثَةِ عَلَىٰ مِثْلَيْهِ؛ وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي الوَصِيَّةِ.

(الخَامِسُ): إِذَا جَنَى المُدَبَّرُ، بِيعَ (ح)، فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ،

---

(١) قال الرافعي: «فإن عاد الملك فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد؛ لأنه يوافقه» هذا وجه والذي أورده أكثر الأصحاب أنه ينقطع؛ لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت مدبر فهو رجوع عن التدبير المطلق» هذا وجه، والأرجح خلافه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع، بل يحلف» السياق يشعر بترجيح الأول، والأظهر عند الأكثرين الثاني، والثالث أنه يستقل حتى يعامل السيد الأقوى ما ذكر في «التهذيب» أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا ينفذ تصرفه مما في يده كما في المعلق عتقه بصفةٍ. [ت]

فَلِلْوَرَثَةِ أَلاَّ يَفْدُوهُ؛ عَلَىٰ قَولٍ، وَإِنْ وَفَّى الثُّلُثَ بِالفِدَاءِ وَالعِتْقِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ (و) الفِدَاءُ.

(الحُكْمُ الثَّانِي: السِّرَايَةُ)، وَهَلْ يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَىٰ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ مِنْ زِنًا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

وَتَعْلِيقُ ٱلْعِتْقِ بِالدُّخُولِ، هَلْ يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلاَنِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الوَلَدَ يَعْتِقُ بِدُخُولِ الأُمِّ.

وَقِيلَ: بِدُخُولِ نَفْسِهِ (م).

ثُمَّ إِذَا سَرى التَّدْبِيرُ، صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلاَ يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الآخَرِ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ.

أَمَّا وَلَدُ المُدَبَّرِ، فَيَتْبَعُ الأُمَّ دُونَ الأَبِ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ، عَتَقَ مَعَهَا حَمْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ التَّدْبِيرِ، فَفِي السِّرَايَةِ إِلى الجَنِينِ وَجْهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا، وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ، فَيَتْبَعُنِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الوَارِثُ وَالمُدَبَّرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ، فَٱدَّعَىٰ أَنَّهُ ٱكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَجْلِ اليَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الوَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهُوَ حُرٌّ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ؛ إِذْ لاَ يَدَ عَلَى الوَلَدِ.

(كِتَابُ الْكِتَابَةِ)

وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنِ ٱلْتَمَسَ الْعَبْدُ، وَكَانَ أَمِيناً قَادِراً عَلَى الكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِيناً، لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الكَسْبِ، فَفِي ٱلاسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.

وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ:

(النَّظَرُ الأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهَا)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: الصِّيغَةُ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتَبْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً، إِنْ أَدَّيْتَهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّعْلِيقِ وَنَوَىٰ، كَفَىٰ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الْكِتَابَةِ، دُونَ صَرِيحِ التَّعْلِيقِ، أَو نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَ، عَتَقَ فِي الحَالِ، وَالأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفاً، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَعْطَىٰ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ؛ إِذْ لاَ مَالَ لَهُ، هَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَعْتِقُ، فَهَلْ يُرْجَعُ إِلَىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ وَيَتْبَعُهُ الْكَسْبُ؛ كَمَا فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَعْلِيقٌ مَحْضٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ بَاعَ العَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَهُ الوَلاَءُ[1].

وَقِيلَ: لاَ وَلاَءَ لَهُ أَصْلاً؛ لأَنَّهُ عَتَقَ عَلَىٰ نَفْسِهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: العِوَضُ): وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ دَيْناً؛ إِذْ لَوْ كَانَ عَيْناً، لَكَانَ مِنْ مِلْكِ غَيْرِهِ، إِذْ لاَ مِلْكَ لَهُ.

(الثَّانِي): الأَجَلُ، فَلاَ تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الحَالَّةُ؛ لأَنَّهُ يَعْجِزُ عَقِيبَ العَقْدِ؛ إِذْ لاَ بُدَّ مِنْ لَحْظَةٍ فِي ٱلاكْتِسَابِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرّاً، فَيَصِحَّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ المُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِثَمنٍ يَزِيدُ عَلَى قِيمَةِ المِثْلِ، فَيَعْجِزُ عَنْهُ، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يُنَجِّمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً؛ ٱتِّبَاعاً لِلسَّلَفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ بِيَوْمٍ؛ لأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ العَقْدِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيَةِ، وَلاَ يَضُرُّ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لاِتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْماً، لَمْ يَجُزْ، لأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَافَ ٱسْتِحْقَاقَ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَىٰ أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْراً، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ، فَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ المَنْفَعَةِ أَوْ قِيمَةِ الرُّتْبَةِ، فَعَلَىٰ قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

(الرَّابِعُ): إِعْلاَمُ الْقَدْرِ وَالأَجَلِ والنَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ. فَلَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ مِائَةٍ يُؤَدِّيهَا فِي

---

(١) قال الرافعي: «ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء» هذا مذكور في «فضل الولاء» لكن لم يذكر الخلاف هناك. [ت]

عَشْرِ سِنِينَ، لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ.

وَلَوْ شَرَطَ فِي الكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئاً عَلَىٰ عِوَضٍ وَاحِدٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَسَدَ البَيْعُ، وَفِي الكِتَابَةِ قَوْلاَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ عَلَىٰ أَلْفٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالنَّصُّ الصِّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلاَثَةِ أَعْبُدٍ مِنْ ثَلاَثَةِ مُلاَّكٍ، فَالنَّصُّ الفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دَفْعَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ، نَصَّ عَلَىٰ قَوْلَيْنِ؛ فَقِيلَ: فِي الكُلِّ قَوْلاَنِ؛ لِكَوْنِ العِوَضِ مَعْلُومَ الجُمْلَةِ غَيْرَ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ[١].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّيِّدُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً (ح) أَهْلاً لِلتَّبَرُّعِ؛ فَلاَ يَصِحُّ(ح م) كِتَابَةُ قَيِّمِ الطِّفْلِ، وَلاَ كِتَابَةُ المَرِيضِ، إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثُّلُثُ[٢]، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصِّحَّةِ، وَوَضَعَ النُّجُومَ فِي المَرَضِ، ٱعْتَبَرْنَا خُرُوجَ الأَقَلِّ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقَلَّ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ، لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ، وَإِنْ كَانَتِ النُّجُومُ أَقَلَّ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ؛ وَكَذَا لَوْ أَوْصَىٰ بِإِعْتَاقِهِ، أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ عَنْهُ وَلَوْ أَقَرَّ فِي المَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصِّحَّةِ، قُبِلَ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ، فَيُبْنَىٰ كِتَابَتُهُ عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَالكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخُوطِبَ بِبَيْعِهِ، وَكَاتَبَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ، ثُمَّ أَسْلَمَ العَبْدُ، فَفِي ٱلانْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ[٣]، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَدُومَ الْكِتَابَةُ.

وَالحَرْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ، وَلَكِنْ لَو قَهَرَهُ السَّيِّدُ، عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ ٱلعِتْقِ وَبَعْدَهُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: المُكَاتَبُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً، فَلاَ يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ، وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً.

(الثَّانِي) أَنْ يُكَاتِبَ كُلَّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ (ح)، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ، جَازَ؛ لِحُصُولِ ٱلاسْتِقْلاَلِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَالمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالإِذْنِ، فَقَوْلاَنِ، وَالأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ لاَ يُصْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَىٰ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ مَالٍ وَاحِدٍ، جَازَ وَٱنْقَسَمَتِ النُّجُومُ عَلَىٰ قَدْرِ مِلْكِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَفَاوُتاً فِي القِسْمَةِ، فَقَدِ ٱنْفَرَدَتْ كُلُّ صَفْقَةٍ، وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ.

(فَرْعٌ):

---

(١) قال الرافعي: «ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة إلى قوله... غير معلوم التفصيل» الصور مكررة قد ذكرها مرة في الصداق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا كتابة المريض إذا لم يَفِ به الثلث» أي كتابة الجميع وهذا قد ذكره في «الوصايا» حيث قال: «والكتابة محسوبة من الثلث». [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو كاتب ثم أسلم العبد ففي الانقطاع وجهان مرتبان» الصورة مكررة قد ذكرها في البيع حيث قال: والمكاتب كالمستولدة، وقيل: كالمدبرة. [ت]

لَوْ كَاتَبَاهُ، ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الثَّانِي إِبْقَاءَ الكِتَابَةِ فِي نَصِيبِهِ بِالإِنْظَارِ، فَقَوْلاَنِ، وَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْداً، ثُمَّ خَلَّفَ ٱبْنَينِ، وَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا، وَأَنْظَرَهُ الآخَرُ، فَهَذَا أَوْلَىٰ بِالمَنْعِ.

هَذَا بَيَانُ مَا يَصِحُّ مِنَ الكِتَابَةِ، وَمَا لاَ يَصِحُّ، فَيَنْقَسِمُ إِلَىٰ بَاطِلٍ، وَفَاسِدٍ.

(فَالبَاطِلُ): هُوَ الَّذِي ٱخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهِ؛ بِأَنْ صَدَرَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدِمَ قَصْدُ مَالِيَّةِ العِوَضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَىٰ دَمٍ، أَوْ حَشَرَاتٍ، أَوِ ٱخْتَلَّتِ الصِّيغَةُ؛ بِأَنْ فُقِدَ لَفْظُ العَقْدِ، ثُمَّ الفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلاَثَةِ أُمُورٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَحْصُلُ العِتْقُ بِالأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ؛ فَلاَ يَحْصُلُ (و) بِالإِبْرَاءِ وَٱلاعْتِيَاضِ.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالكَسْبِ، وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ العِتْقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ؛ وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ.

أَمَّا وَلَدُ المُكَاتَبَةِ، فَفِي سِرَايَةِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلاَنِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّعْلِيقِ.

(والثَّالِثُ): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ حَتَّىٰ يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يُسَافِرُ (ح)، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ، وَيُفَارِقُهُ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عُلِّقَ بِهِ الأَدَاءُ، رَدَّهُ وَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ؛ لِفَسَادِ العِوَضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهَا لاَ تَلْزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ فَلَهُ فَسْخُهَا (و)، وَمَهْمَا فَسَخَ أَوْ قَضَى القَاضِي بِرَدِّهَا، لَمْ يُعْتَقْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ أَدَّىٰ؛ لأَنَّهُ كَانَ تَعْلِيقاً فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ، صَحَّ، وَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخاً لِلكِتَابَةِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَتْبَعُهُ الكَسْبُ؛ بِخِلاَفِ الكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ (ح م) الإِجْزَاءَ عَنِ الكَفَّارَةِ.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَأَدَّىٰ إِلَىٰ الوَارِثِ، لَمْ يَعْتِقْ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ القَائِلَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا)، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الأَوَّلُ: مَا يَحْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ

(الأُولىٰ): أَنَّهُ يَحْصُلُ فِي الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ النُّجُومِ، وَبِالإِبْرَاءِ، وَبِٱلاعْتِيَاضِ، وَلاَ يَحْصُلُ بِجُزْءٍ مِنَ النُّجُومِ جُزْءٌ مِنَ الحُرِّيَّةِ؛ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ الكُلَّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً، عَتَقَ (ح م و) أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْداً، لَمْ يَعْتِقْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدِّ جَمِيعَ النُّجُومِ إِلَيْهِمَا، إِلاَّ أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدٌ، وَيُخَلِّفَ ٱبْنَيْنِ، فَيَعْتِقَ (و) نَصِيبُ أَحَدِ الابْنَيْنِ؛ بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ، وَقَبَضَ النُّجُومَ، لَمْ يَعْتِقْ، حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى القَيِّمِ، وَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ، فَلاَ ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ العَبْدُ، فَقَبَضَ مِنْهُ السَّيِّدُ، عَتَقَ (و)؛ لأَنَّ فِعْلَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

(أَمَّا الكِتَابَةُ الفَاسِدَةُ)، فَتَنفَسِخُ بِجُنُونِهِمَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لِجَوَازِهَا.

وَلاَ تَنفَسِخُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَىٰ اللُّزُومِ.

وَتَنفَسِخُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ بِجُنُونِ المَالِكِ، دُونَ جُنُونِ العَبْدِ؛ لأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ العَبْدِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْداً، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، عَتَقَ وَسَرَىٰ فِي الحَالِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: لاَ يَسْرِي إِلاَّ أَنْ يَرِقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالعَجْزِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الحَالِ، فَتَنفَسِخُ الكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السِّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مُكَاتَباً، وَيُعْتِقُ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ الوَلاَءُ لِلشَّرِيكِ، لاَ لِمَنْ سَرَىٰ عَلَيْهِ، فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنَّ كَوْنَهُ مُكَاتَباً يَمْنَعُ السِّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي مَجْرَى إِعْتَاقِهِ فِي السِّرَايَةِ؛ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ، إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ العِتْقَ، فَيَسْرِي، وَلاَ نَقُولُ: هُوَ مُجْبَرٌ عَلَى القَبُولِ؛ لأَنَّهُ آخْتَارَ أَصْلَ العَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الابْنَيْنِ، إِذَا قَبَضَ نَصِيبَهُ، عَتَقَ، (و) وَلَمْ يَسْرِ (و)؛ لأَنَّهُ مَقْهُورٌ فِي القَبْضِ، وَلَمْ يَصْدُرِ العَقْدُ مِنْهُ.

(فَرْعٌ): لَوِ ادَّعَى العَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ؛ أَنَّهُ وَفَّاهُمَا بِالنُّجُومِ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، عَتَقَ نَصِيبُ المُصَدِّقِ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِي السِّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ.

(الرَّابِعَةُ): أَحَدُ الابْنَيْنِ الوَارِثَيْنِ، إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، نَفَذَ، وَيَسْرِي؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ إِمَّا فِي الحَالِ؛ وَإِمَّا عِنْدَ العَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَسْرِي، وَرَقَّ النَّصِيبُ الآخَرُ، فَهَلْ يُتَبَيَّنُ انْفِسَاخُ الكِتَابَةِ فِي النِّصْفِ الَّذِي أُعْتِقَ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ الوَلاَءُ لِلْمُعْتِقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنفَسِخْ، وَالوَلاَءُ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): لَوْ خَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْداً، فَادَّعَى العَبْدُ كِتَابَةَ المُوَرِّثِ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الآخَرُ، وَحَلَفَ، فَنَصِيبُ المُصَدِّقِ مُكَاتَبٌ (و)، فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَىٰ إِلَى البَاقِي، وَلَمْ يُخَرَّجْ عَلَى الخِلاَفِ؛ لأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لاَغٍ؛ إِذْ لاَ كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّهُ مَقْهُورٌ عَلَى القَبُولِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَبَضَ النُّجُومَ، فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَلَهُ رَدُّهَا، وَرَدُّ العِتْقِ؛ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ، أَوْ حَصَلَ حُصُولاً غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ بِحَسَبِ العِوَضِ، وَإِنْ رَضِيَ، اسْتَمَرَّ العِتْقُ، وَلَكِنْ مِنْ حِينِ الرِّضَا، أَوْ مِنْ حِينِ القَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوِ اطَّلَعَ عَلَى النُّقْصَانِ بَعْدَ تَلَفِ النُّجُومِ، جَازَ لَهُ رَدُّ العِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلِّمَ الأَرْشَ، فَإِنْ عَجَزَ، كَانَ لَهُ الإِرْقَاقُ وَالفَسْخُ، كَالعَجْزِ بِبَعْضِ النُّجُومِ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا خَرَجَتِ النُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً، تَبَيَّنَ أَنْ لاَ عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ القَبْضِ: اذْهَبْ، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتَقْتَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يُؤَاخَذُ بِهِ؛ كَمَا لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقّاً، وَإِنِ ادَّعَى المِلْكَ لِلبَائِعِ؛ لأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ

عَلَىٰ هَذَا أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةَ ظَنَنْتُهَا طَلَاقاً، ثُمَّ رَاجَعْتُ المُفْتِي، فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لاَ يَنفُذُ؛ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ؛ وَكَذَا فِي العِتْقِ.

(الحُكْمُ الثَّانِي): حُكْمُ الأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): أَنَّهُ يَجِبُ (ح م) الإِيتَاءُ بِحَطِّ شَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ، أَوْ بَذْلِ شَيْءٍ، وَلاَ يَجِبُ فِي الْكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلاَ يَجِبُ (و) فِي الإِعْتَاقِ بِعِوَضٍ، وَلاَ فِي بَيْعِ (و) العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلاَ فِي الإِعْتَاقِ مَجَّاناً، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَىٰ وَقْتِ العِتْقِ وَجْهَانِ، وَيَكْفِي أَقَلُّ مَا يُتَمَوَّلُ.

وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيقُ بِالحَالِ، إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الإِيتَاءِ، فَتَكُونَ الزِّيَادَةُ فِي التَّرِكَةِ؛ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الوَصَايَا، لاَ كَدَيْنٍ[1].

وَلَوْ بَقِيَ مِنَ النُّجُومِ قَدْرٌ لاَ يُقْبَلُ فِي الإِيتَاءِ أَقَلُّ مِنْهُ، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ، وَلاَ يَحْصُلُ التَّقَاصُ؛ لأَنَّ الإِيتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الكِتَابَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَىٰ غَيْرِ جِنْسِهِ، فَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَعَبُّداً؛ كَمَا فِي الزَّكَاةِ[2].

(الثَّانِيَةُ): لَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ قَبْلَ المَحَلِّ، أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ؛ كَمَا لَوْ عَجَّلَ دَيْناً بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ، أَوْ كَانَ وَقْتَ غَارَةٍ، لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ كَانَ العَقْدُ أُنْشِيءَ فِي وَقْتِ الغَارَةِ، فَوَجْهَانِ، فَلَوْ كَانَ غَائِباً، قَبَضَ القَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: لاَ آخُذُ؛ فَإِنَّهُ حَرَامٌ، أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ القَبُولِ؛ لأَجْلِ إِقْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُنْتَزَعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ المَالِ، أَوْ يُسَلَّمُ إِلَىٰ مَالِكِهِ، إِنْ أَقَرَّ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُنْتَزَعُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ، وَيَنفُذُ تَصَرُّفُهُ، إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ إِنْ عَجَّلْتَ بَعْضَ النُّجُومِ، فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ البَاقِي (ح)؛ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَّلَ البَعْضَ؛ بِشَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ (ح و) الأَدَاءُ، فَإِنْ وَفَّى السَّيِّدُ، وَأَبْرَأَ، فَهَلْ يَنْقَلِبُ القَبْضُ صَحِيحاً بِرِضَاهُ السَّابِقِ المُعَلَّقِ عَلَى الأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضاً جَدِيداً، فَلاَ شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ؛ لأَنَّ دَوَامَ القَبْضِ كَابْتِدَائِهِ.

(الثَّالِثَةُ): لِتَعَذُّرِ النُّجُومِ خَمْسَةُ أَسْبَابٍ:

(الأَوَّلُ): إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا، فَلَهُ فَسْخُ الكِتَابَةِ، وَيُسَلَّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلاَّ مَا كَانَ مِنَ

---

(١) قال الرافعي: «وقيل بل ما يليق بالحال إلى أن يموت قبل الإيتاء، فتكون الزيادة في التركة كوصيةٍ يضارب بها الوصايا لا كدين» هذا وجه، والظاهر أن ما يحكم بوجوبه على ما فيه من الاختلاف بمثابة الديون يقدم على الوصايا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو عدل إلى غير جنسه ففيه وجه أن لا يجوز تعبداً كما في الزكاة» قد يفهم من هذا الإيراد ترجيح الجواز، والمراد من الجواز أنه يجبر المكاتب على قبوله والظاهر الذي أورده الأكثرون أنه لا يجبر فإن رضي بغير الجنس جاز بلا خلاف. [ت]

الصَّدَقَةِ؛ فَيَجِبُ (و) رَدُّهَا عَلَىٰ مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ، بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ الإِنْظَارُ إِلاَّ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ المَالُ مِنَ المَخْزَنِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِباً، فَلَهُ الفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لاَ يُشْتَرَىٰ إِلاَّ فِي زَمَانٍ، فَلَهُ الفَسْخُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(الثَّانِي): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَهُ الفَسْخُ مِنْ غَيْرِ (و) حَاجَةٍ إِلَى الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ بَعْدَ المَحَلِّ، فَلَيْسَ لَهُ الفَسْخُ؛ حَتَّىٰ يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ؛ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الإِنْظَارِ، فَإِنْ قَصَّرَ فِي الإِيَابِ، فَلَهُ الفَسْخُ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ القُدْرَةِ، فَلَهُ الفَسْخُ؛ إِذِ الكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح م) مِنْ جَانِبِ العَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ (ح م)، وَأَنْ يَفْسَخَ (و)، مَهْمَا شَاءَ.

(الرَّابِعُ): إِذَا جُنَّ العَبْدُ، وَقُلْنَا: لاَ يَنْفَسِخُ، فَلَهُ الفَسْخُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِيَعْتِقَ إِنْ رَأَى المَصْلَحَةَ لَهُ فِي الحُرِّيَّةِ، وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً أَنْ يَسْتَقِلَّ بِأَخْذِ النُّجُومِ، إِذْ تَمْكِينُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَىٰ مِنْ مَنْعِهِ؛ حَتَّىٰ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ المَالَ مَجَّاناً.

(الخَامِسُ: المَوْتُ)، وَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ بِمَوْتِ العَبْدِ، وَإِنْ خَلَّفَ (ح م) وَفَاءً؛ لِتَعَذُّرِ العِتْقِ.

(فَرْعٌ): لَوْ كَانَ ٱسْتَسْخَرَ المُكَاتَبَ شَهْراً[1]، وَغُرِّمَ الأُجْرَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ إِنْظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ المَحَلِّ، فَعَسَاهُ يَكْتَسِبُ مَالاً.

وَقِيلَ: لَهُ تَعْجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْظَارٍ.

(المَسْأَلَةُ الرَابِعَةُ: فِي ٱزْدِحَامِ الدُّيُونِ)، وَلَهُ صُوَرٌ:

(الأُولَىٰ): إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلاَّ لِلسَّيِّدِ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ مَعَ النُّجُومِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالدَّيْنِ، وَيُعَجِّزُهُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلاَّ مَا يَفِي بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعْجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلاَءِ يَدِهِ عَنِ المَالِ يَأْخُذُهُ بِالدَّيْنِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلأَجَانِبِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ، وَأَرْشُ جِنَايَةٍ، فَقَوْلاَنِ:

النَّصُّ؛ أَنْ يُوَزَّعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِم إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ لأَنَّ الأَرْشَ لَهُ مُتَعَلَّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الأَرْشُ يُقَدَّمُ عَلَى النُّجُومِ كما يُقَدَّمُ عَلَىٰ حَقِّ المَالِكِ، هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِٱلْتِمَاسِ الغُرَمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الحَجْرِ، فَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، وَعَلَيْهِ أَرْشٌ وَدَيْنُ مُعَامَلَةٍ، فَقَدْ سَقَطَ النُّجُومُ، وَمَا فِي يَدِهِ يُوَزَّعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ لِيَرْجِعَ الأَرْشُ إِلى الرَّقَبَةِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو كان استسخر المكاتب شهراً إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني [ت].

وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ لأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِذِمَّتِهِ.

ثُمَّ لِمُسْتَحِقِّ الأَرْشِ تَعْجِيزُ المُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ؛ لِتَبْقَى الكِتَابَةُ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يَجِبُ قَبُولُهُ[1]، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ المُعَامَلَةِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ؛ إِذْ لاَ (ح و) يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، ولَوْ كَانَ لِلسَّيِّدِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ، فَلاَ يُضَارِبُ (و) الغُرَمَاءَ بِالنَّجْمِ، وَيُضَارِبُ (و) بِدَيْنِ المُعَامَلَةِ.

(المَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْداً، فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ؛ لأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ كَالمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ، لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ.

وَلَوْ رَضِيَ أَحدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الآخَرِ بِنَصِيبِهِ، فَقَبَضَ، فَهَلْ يَعْتِقُ نَصِيبهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[2].

(فَرْعٌ): لَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وَفَّاهُمَا النُّجُومَ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُما، وَكَذَّبَ الآخَرُ، وَحَلَفَ، فَلَهُ (و) أَنْ يُشَارِكَ المُصَدِّقَ فِيمَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ المُكَاتَبَ، إِنْ شَاءَ، بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لاَ يَرْجِعُ المُصَدِّقُ عَلَىٰ المُكَاتَبِ فِيمَا أَخذَ مِنْهُ، وَلاَ المُكَاتَبُ عَلَىٰ المُصَدِّقِ.

(المَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ): لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الآخَرِ، فَسَدَ(ح م و) العَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِلاَزِمَةٍ، فَكَيْفَ تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لاَ يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الإِذْنِ، فَلِلمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَسْتَرِدُّ بَعْدَ العِتْقِ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ، ثَبَتَ لَهُ عَلَىٰ السَّيِّدِ، وَقُلْنَا: لاَ يَصِحُّ فَلَهُ طَلَبُهُ بَعْدَ العِتْقِ.

وَقِيلَ فِي المَسْأَلَةِ قَوْلاَنِ[3] مَبْنِيَّانِ عَلَىٰ أَنَّ تَبَرُّعَ المُفْلِسِ، إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالإِبْراءِ، فَهَلْ يَنْفُذُ الآنَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

(فَرْعٌ): لَوْ كَانَا مُتَفَاوِتَي القِيمَةِ، فَقَالَ الخَسِيسُ: أَدَّيْنَا النُّجُومَ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّؤوسِ، وَقَالَ الآخَرُ بَلْ عَلَىٰ قَدْرِ النُّجُومِ، وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعاً، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الاسْتِوَاءَ؛ لأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

(المَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ): فِي النِّزَاعِ، وَلَهُ صُوَرٌ:

---

(١) قال الرافعي: «فلو أراد السيد فداءه لتبقى الكتابة، فالصحيح أنه لا يجب قبوله» الظاهر عند الأصحاب أنه يجب، ويمتنع عليه التعجيز [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو رضي أحدهما بتقديم الآخر بنصيبه فقبض فهل يعتق نصيبه؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الثاني، وقلنا: لا يجوز التبرع مع الإذن.. إلى قوله وقيل: في المسألة قولان» أطلق بعضهم في المسألة وجهين من غير تعرض للنصين [ت].

(إِحْدَاهَا): أَنْ يَخْتَلِفَ السَّيِّدُ وَالعَبْدُ فِي أَصْلِ الكِتَابَةِ أَوْ أَصْلِ الأَدَاءِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتُ دَعْوَى العَبْدِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي الأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتُ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ العِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[1].

(الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ، أَوْ الأَجَلِ، أَوْ جِنْسِ النُّجُومِ، تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالاتِّفَاقِ، فَفَائِدَةُ الفَسْخِ الرُّجُوعُ إِلَىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ مُكَاتَبُهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ، فَقَالَ: عَتَقَ قَبْلَ المَوْتِ، وَجَرَّ إِلَيَّ وَلاَءَ وَلَدِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَوَالِي الأُمِّ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الوَلاَءِ لَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ): كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقَرَّ بِأَنَّهُ قَبَضَ نُجُومَ أَحَدِهِمَا، وَنَكَلَ عَنْ دَعْوَى الثَّانِي؛ حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي، عَتَقَ العَبْدَانِ جَمِيعاً، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، حَلَفَ الوَارِثُ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ بِمَا عَمَّاهُ المُوَرِّثُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَلاَ يُقْرَعُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ لأَنَّهُ ٱسْتِبْهَامٌ فِي دَيْنٍ[2].

(الحُكْمُ الثَّالِثُ): حُكْمُ التَّصَرُّفَاتِ: إِمَّا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ العَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةَ المُكَاتَبِ؛ عَلَىٰ الجَدِيدِ.

وَفِي القَدِيمِ: يَبِيعُهُ وَيَبْقَىٰ مُكَاتَباً، وَلاَ يَبِيعُ النُّجُومَ؛ لأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ غَيْرِ لاَزِمٍ، وَفِي ٱلاسْتِبْدَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي النُّجُومِ النُّجُومَ، فَهَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[3]؛ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَعْتِقُ، وَكَانَ المُشْتَرِي وَكِيلَهُ، فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَهُ مُعَامَلَةُ العَبْدِ بِالبَيْعِ أَوِ الشِّرَاءِ وَأَخْذِ الشُّفْعَةِ مِنْهُ؛ وَكَذَلِكَ أَخْذُ العَبْدِ مِنْهُ، فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَىٰ السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ النُّجُومِ قَدْراً وَجِنْساً، وَقُلْنَا: يَقَعُ بِنَفسه التَّقَاصُ، فَيَعْتِقُ.

لَكِنْ فِي تَقَاصِّ الدَّيْنَيْنِ المُتَسَاوِيَيْنِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحدُهَا): أَنَّهُ لاَ يَحصُلُ، وَإِنْ رَضِيَاهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَّ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا.

---

(١) قال الرافعي: «ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق فيه وجهان» مذكور مرة في «الشهادات» [ت].

(٢) قال الرافعي: «وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم... إلى آخر القولين في القرعة» الذي ذكره الأكثرون في المسألة أن في قيام الوارث مقامه قولين أحدهما: لا يقوم، بل يقرع فإن خرجت له القرعة فهو حُرٌّ وعلى الآخر أداء النجوم، وله أن يحلف الوارث على نفي العلم والثاني: أنه يقوم مقام الوارث ولا قرعة فإن قال الوارث لا أعلم من أدى، فلكل واحد تحليفه، فإذا حلف ففي وجه يستوفى من كل واحد ما عليه والأصح أنه يقرع بينهما [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو قبض مشتري النجوم فهل يعتق؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

فَإِنْ أَجْرَيْنَا التَّقَاصَّ في النَّقْدَيْنِ، فَفِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي العُرُوضِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ المُكَاتَبِ، لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَىٰ حَالَةِ العَجْزِ، فَيَصِحَّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِالنُّجُوم جَازَ مِنَ الثُّلُثِ، وَلِلوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَإِنْ أَنْظَرَ المُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِرَقَبَتِهِ، فَلِلمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ العَجزِ، وَإِنْ أَنْظَرَ الوارِثَ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ المُكَاتَبِ مَا شَاءَ، فَشَاءَ الكُلَّ، لَمْ يُوضَعِ الكُلُّ؛ عَلَى الأَصَحِّ، بَلْ يَبْقَىٰ شَيءٌ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

(أَمَّا تَصَرُّفَاتُ المُكَاتَبِ)، فَهُوَ فِيهِ كَالحُرِّ إِلاَّ مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ؛ فَلاَ يَنْفُذُ عِتْقُهُ، وَهِبَتُهُ، وَشِرَاؤُهُ قَرِيبَهُ بِالمُحَابَاةِ، وَبَيْعُهُ بِالغَبْنِ، وَلاَ يَبِيعُ بِالنَّسِيئَةِ، وَلاَ يَرْفَعُ اليَدَ عَنِ المَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلاَ يُكَاتِبُ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ، وَلاَ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلاَ يَتَسَرَّىٰ؛ خَوْفاً مِنْ طَلاَقِ الجَارِيَةِ، وَلاَ يَتَّهِبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوباً؛ خَوْفاً مِنَ النَّفَقَةِ، وَالمُكَاتَبَةُ لاَ تَتَزَوَّجُ، وَلاَ تُكَفِّرُ إِلاَّ بِالصِّيَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَىٰ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَفِي النُّفُوذِ قَوْلاَنِ، إِلاَّ العِتْقَ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(أَحَدُهُمَا): طَرْدُ القَوْلَيْنِ.

(وَالثَّانِي): القَطْعُ بِالمَنْعِ؛ لإِشْكَالِ الوَلاَءِ، فَإِنْ نَفَّذْنَا، فَفِي الوَلاَءِ قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلسَّيِّدِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَعْتِقَ المُكَاتَبُ يوماً، فَيَكُونَ لَهُ[1]. فَإِنْ مَاتَ رَقِيقاً اسْتَقَرَّ على السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ العَتِيقُ في مُدَّةِ التَّوقُّفِ، فَمِيرَاثُهُ لِلسَّيِّدِ؛ في قَوْلٍ.

وَلِبَيتِ المَالِ؛ في قَوْلٍ[2].

وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كَإِعْتَاقِهِ في النُّفُوذِ وَفِي الوَلاَءِ.

وَلَوْ اشْتَرَى المُكَاتَبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ، رَجَعَ إِلى السَّيِّدِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَالقِنُّ لَوْ قَبِلَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، وَقُلْنَا: يَنْفُذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَنْفُذْ هٰهُنَا، إِنْ خِيفَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ في الحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بِأَنْ كَانَ كَسُوباً، نَفَذَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ، فَيَنْدَفِعُ المِلْكُ مِنَ الأَصْلِ، أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حِينِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ المُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ، أَيْ يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ، وَيَرِقُّ بِرِقِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمَّ الوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتَهُ، إِذَا عَتَقَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

---

(١) قال الرافعي: «والثاني أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يوماً، فيكون له» أشار بهذا إلى ما ذكره الإمام أنه إن عجز ورُقّ يبقى التوقف، لأنه يرتقب عتقه من وجوه أُخر، والأظهر أنه إذا عجز ورُقّ يكون الولاء للسيد، ولا يوقف حتى يعتق يوماً من الدهر، أو يموت رقيقاً، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة، أو يرقّ بالعجز، أو بالموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول ولبيت المال في قول» الظاهر قول وراءهما وهو أنه يوقف كما يوقف الولاء. [ت]

(الحُكْمُ الرَّابعُ حُكْمُ الوَلَدِ)، وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ المُكَاتَبَةِ إِلَىٰ وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زِناً أَوْ نِكَاحٍ قَوْلاَنِ؛ كَمَا في سِرايَةَ التَدْبيرِ إِلاَّ أَنَّ هَذَا يَعْتِقُ بِعِتقِ الأُمِّ، وَوَلَدُ المُدَبَرَةِ لاَ يَعْتِقُ بعتْقِهَا، بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يَعْتِقُ بِعِتْقِ الأُمِّ في (و) دَوَامِ الْكِتَابَةِ[1]، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَحَقُّ المِلْكِ فِيهِ لِلسَّيِّدِ؛ في قَوْلٍ؛ فَكَأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ حَتَّىٰ يُصْرَفَ إِليهِ بَدَلُهُ، إِذَا قُتِلَ، يَنْفُذَ إِعْتَاقُهُ، وَيُصْرَفَ إِلِيهِ كَسْبُهُ، مَهْمَا رَقَّ، وَيَلْزَمُهُ (و) نَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ.

وَفِي قَوْلٍ: هُوَ مِنْ كَسْبِ المُكَاتَبَةِ؛ فَيَكُونُ كَسَائِرِ عَبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ المُكَاتَبِ مِنْ جَارِيتِهِ، فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ، قَوْلاً وَاحِداً لاَ يَنْفُذُ فِيهِ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَنَىٰ، لَمْ يَكُن (و) لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لأَنَّ فِدَاءَهُ كَشِرَائِهِ، فَإِنَّهُ لاَ يَنْفُذُ تَصَرفُهُ فِي وَلَدِهِ، بَلْ يُكَاتَبُ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) إِذَا وَطِىءَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَتَهُ، فَقَدْ تَعَدَّىٰ، وَلَكِنْ لا حَدَّ (و) وَيَجِبُ المَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ العَجْزِ وَالرِّقِّ، أَوْ بَعْدَ العِتْقِ، فَلاَ شَيْءَ لَهَا، ثُمَّ هِي مُسْتَولَدَةٌ وَمُكَاتَبَةٌ، فَإِنْ أَدَّتِ النُّجُوم، عَتقَتْ، وَإِلاَّ عَتقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

(الْحُكْمُ الخَامِسُ: حُكْمُ الجِنَايَةِ): فَإِذَا جَنَىٰ عَلىٰ أَجْنَبِيٍّ، أَوْ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، يَلْزَمُهُ الأَرْشُ، فَإِنْ زَادَ الأَرْشُ (ح) عَلَىٰ رَقَبَتِهِ، فَفِي وُجُوبِ الزِّيَادَةِ قَوْلاَنِ؛ لأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَىٰ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فَلاَ يَبْقَىٰ مُتَعَلَّقٌ سِوَى الرَّقَبَة، وَلَوْ جَنَىٰ عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِ المُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ بَعْدَ الجِنَايَةِ، لَزِمَهُ الفِدَاءُ؛ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ السَّيِّدِ، فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالأَرْشِ بَعْدَ العِتْق، وَلَوْ جَنَىٰ ٱبْنُ المُكَاتَبِ، فَلاَ يَفْدِيهِ(و)، وَلَوْ جَنَىٰ ٱبْنُهُ عَلَىٰ عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ ٱسْتَحَقَّ (ح) المُكَاتِبُ قِصَاصاً عَلَىٰ عَبْدِهِ أَوْ عَبْدِ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ ٱلاسْتِيفَاءُ.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الأَرْشِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالقِصَاصِ.

وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَىٰ عَبْدِهِ، فَلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ المُكَاتَبُ، ٱنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَلِلسَّيِّدِ القِيمَةُ.

---

(١) قال الرافعي: «إلا أن هذا يعتق بعتق الأم إلى أن قال: وهذا يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة» وهذا اللفظ الثاني مغنٍ عن الأوّل. [ت]

(كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ)

وَمَنِ ٱسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، ظَهَرَ عَلَيْهِ خِلْقَةُ الآدَمِيِّ، إِمَّا حَيًّا، وَإِمَّا مَيِّتاً، عَتقَتْ (و) عَلَيْهِ، إِذَا مَاتَ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ المَوْتِ؛ عَلَىٰ الجَدِيدِ؛ وَكَذَا لاَ يَبِيعُ وَلَدَها مِنْ زِناً أَوْ نِكَاحٍ، إِذَا حَصَلَ بَعْدَ ٱلاسْتِيلاَدِ، وَيَعْتِقُونَ أَيْضاً بِمَوْتِهِ، وَلَهُ إِجَارَتُهَا وَٱسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا.

وَقِيْلَ: لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِرِضَاهَا.

وَقِيلَ: لاَ يَجُوزُ (ح) بِرَضَاهَا أَيْضاً إِلاَّ بِمُرَاجَعَةِ القَاضِي.

وَلَهُ أَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَيْهَا وَعَلَىٰ أَوْلاَدِهَا، وَمَنْ غَصَبهَا، فَتَلِفَتْ في يَدِهِ، ضَمِنَهُ (ح)؛ لأَنَّهَا كَالرَّقِيقَةِ إِلاَّ في البَيْعِ.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلاَنِ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ بِٱلاسْتِيلاَدِ، وَحُكِمَ بِهِ، فَرَجَعَا، غُرِّما بَعْدَ مَوْتِهِ لِلوَرَثَةِ عِنْدَ عِتْقِهَا، وَلَمْ يُغَرَّمَا في الحَالِ؛ لأَنَّهُمَا مَا أَزَالاَ إِلاَّ سَلْطَنَةَ البَيْعِ، وَلاَ قِيمَة لَهُ.

(فَرْعَانِ):

(أَحَدُهُمَا): لَوْ نَكَحَ جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ وَلَداً رَقِيقاً، ثُمَّ ٱشْتَرَاهَا، لَمْ تَصِرْ أُمَّ (ح ز)؛ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ وَلَدَت مِنْهُ وَلَداً آخَرَ في نِكَاحِ غُرُورٍ، أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ، ثُمَّ ٱشْتَرَاهَا، فَهَلْ تُعْتَبَرُ مُسْتَوْلَدَةً عَلَيْهِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

(الثَّانِي): مُسْتَوْلَدَةٌ ٱسْتَوْلَدَهَا شَرِيكَانِ، ثُمَّ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: وَلَدَتْ أَوَّلاً مِنِّي، فَهِي مُسْتولَدَتِي، فَقَدْ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً، فَإِنْ مَاتَا، عَتَقَتْ، وَالوَلاَءُ مَوْقُوفٌ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ، فَنِصْفُ الوَلاَءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِٱلصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ ٱلْمَرْجِعُ وَٱلْمَآبُ.

فهرس الجزء الثاني